Numéro 2

Le Mot du Président p 2

Benjamin Mittet-Brême

Libre administration et autonomie financière : étude de la marge de manœuvre du Conseil départemental p 3

Alexandre Hulé

Données publiques et droit de propriété : Retour sur une affaire de généalogie… p 10

Matthias Michel

Être une bonne mère: mode d'emploi I p 16

Pierre - Valéry Astier

L'opportunité d'ajouter un vingt-et-unième critère de discrimination à raison de la précarité sociale p 22

Mathilde Brouzes

Le droit d'accès à internet, domptons le serpent de mer p 29

Baptiste Jallaud

La place des femmes dans l'espace public p 35

Camille Chartus

L'ensemble des travaux présentés ici sont la propriété de leurs auteurs et n'engagent que eux.

Association des Etudiants Publicistes

-

Faculté Jean Monnet

Le mot du Président

Chers lecteurs, Chères lectrices,

Il y a de cela deux mois, l'AEP-FJM publiait le première numéro de cette revue. Au vu l'attrait suscité par sa sortie, il semble que le pari soit réussi.
En effet, vous êtes nombreux à nous suivre depuis cette date. Cela a également suscité l'intérêt d'une part de la communauté des publicistes du net, et nous les en remercions. Cela montre bien que l'intérêt pour la recherche, aussi théorique puisse-t-elle paraître, est vivace. Nous ne pouvons que nous en féliciter.

De même, l'autre réussite, c'est l'engouement suscité au delà des murs de notre Faculté. Ainsi, vous êtes nombreux à nous lire en France et ailleurs, et certains d'entre vous souhaitent contribuer à cette œuvre collective. Nous vous en remercions, et nous invitons tous ceux qui n'ont pas encore sauté le pas à le faire.

Enfin, il est également temps pour nous de clore cette année, pour mieux envisager la prochaine. Ainsi, nous nous retrouverons le 25 septembre pour notre pot de rentrée annuel. Au delà des réjouissances, ce sera l'occasion pour nous de présenter les actes de notre colloque de février consacré aux AAI. A cette même occasion, nous publierons le 3 ème numéro de cette revue, qui sera également imprimée en quelques exemplaires pour nos convives.
Enfin, parmi les grands projets de l'année prochaine, nous pouvons dores et déjà citer une conférence au printemps qui est déjà en préparation ainsi qu'un événement consacré aux formations en droit public.

Bonne lecture

Benjamin MITTET-BRÊME
Président de l'AEP - FJM,
Etudiant du Master 2 Droit public approfondi (Parcours Recherche) - Université Paris Sud,
COMUE Paris - Saclay

Libre administration et autonomie financière : étude de la marge de manœuvre du Conseil départemental

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. [...] Son organisation est décentralisée ». L'article premier de la Constitution du 4 Octobre 1958 fait ainsi état de l'organisation décentralisée de la France[1], qui reste toutefois un Etat unitaire. La décentralisation s'entend par conséquent comme une décentralisation administrative : les collectivités territoriales, dotées de la personnalité morale, jouissent ainsi, non pas de pouvoirs législatifs, mais de pouvoirs de nature réglementaire dans leurs domaines de compétence.

Le grand mouvement de réforme de la décentralisation en tant que mode d'organisation administratif de l'Etat unitaire a été impulsé sous la Ve République avec les lois de 1982[2], puis relancé par la réforme constitutionnelle du 28 Mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. C'est cette dernière, qualifiée d'acte II de la décentralisation, qui constitutionnalise le principe de libre administration des collectivités territoriales[3]. Il convient de relever qu'il n'y a pas de définition précise et univoque de la libre administration, mais que la notion préexistait à l'année 2003 puisqu'elle était présente à l'article 87 de la Constitution du 27 Octobre 1946[4] : une certaine liberté accordée aux collectivités, mais tempérée par un contrôle étatique.

On peut considérer que la mise en œuvre de la libre administration est un corollaire de la décentralisation, dans la mesure où celle-là ne peut être effective que si les collectivités territoriales peuvent s'administrer librement, dans les conditions fixées par la loi. La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 se scinde en deux volets d'autonomie, constitutifs de la notion de libre administration : l'autonomie administrative (principe de subsidiarité et droit à l'expérimentation notamment) et financière. C'est le volet financier qui intéresse notre étude en ce qu'il est relatif aux recettes et dépenses des collectivités territoriales, et plus précisément à leur autonomie financière[5].

L'autonomie financière des collectivités territoriales est ainsi l'une des conditions de la mise en œuvre de la libre administration ; elle se constitue d'une autonomie de gestion, d'une autonomie budgétaire et d'une autonomie fiscale. Elle est d'une importance capitale dans la mesure où

1 - Constitutionnalisée avec la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République

2 - Loi n° 82-213 du 2 mars 1982, dite «loi Deferre» relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions

3 - Article 72 de la Constitution du 4 Octobre 1958 : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon.» (Principe de subsidiarité) «Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences »

4 - « Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel »

5 - Reconnu par le Conseil constitutionnel par la décision n°2009-599 du 29 Décembre 2009

son effectivité permet une autonomie dans l'exercice de ses compétences propres : en effet, une dépendance financière trop prononcée envers l'Etat central serait de nature à vider de son sens la décentralisation. Ainsi, le degré d'autonomie financière fait l'arbitrage entre l'égalité des collectivités, l'indivisibilité du territoire et la liberté d'administration.

Paradoxalement, cette affirmation constitutionnelle d'une autonomie financière prend place dans un mouvement de recentralisation financière de la part de l'Etat, se traduisant notamment par un flétrissement de l'autonomie fiscale locale. Cette volonté de maîtrise des finances locales s'inscrit dans le cadre d'un impératif européen : approche globalisante des finances publiques[6], logique de rationalisation de la gestion publique, de discipline budgétaire, et de performance publique, afin de maîtriser le déficit budgétaire et la dette publique.

Force est de constater que la réforme constitutionnelle s'avère être un « rendez-vous manqué »[7], dans la mesure où les compensations de l'Etat envers les collectivités se substituent de plus en plus aux ressources propres, tirées de la fiscalité locale. L'autonomie fiscale ainsi mise à mal, il ne reste dès lors qu'une autonomie de gestion. Mais peut-elle à elle seule constituer une réelle autonomie financière?

Il s'avère que parmi les trois échelons territoriaux, le département, en tant que collectivité décentralisée, est le plus touché.

Il est, en effet, sujet à une forte pression, d'une part en raison d'un rétrécissement de son autonomie fiscale qui rend malaisé un ajustement de ses recettes, et d'autre part en raison d'une augmentation substantielle de son volet dépenses, notamment du fait de l'étendue des transferts de compétences dont il a fait l'objet, particulièrement en matière sociale. La crise financière de 2009 a renforcé le processus, ajoutant davantage de pression sur la situation financière des conseils départementaux.

L'intérêt du sujet est d'autant plus notable dans la mesure où l'on s'interroge sur l'avenir du département et de son éventuelle suppression.

I. La rigidification de l'autonomie de gestion du conseil départemental

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a eu pour but de réaffirmer l'autonomie financière des collectivités territoriales (A) en constitutionnalisant le principe. Cette volonté de réaffirmation n'a pas donné les résultats escomptés ; en se plaçant sous l'angle de l'autonomie de gestion, l'explosion des dépenses du conseil départemental (B) ces dernières années, a grandement entamé sa marge de manœuvre en matière de gestion.

6 - L'article 2 du Protocole sur la procédure concernant les déficits excessifs, annexé au TFUE précise en effet : « on entend par public ce qui est relatif au gouvernement général, c'est-à-dire les administrations centrales, les autorités régionales ou locales »

7 - Michel Bouvier, Les finances locales, 15e édition, 2013

A. La réaffirmation de l'autonomie financière des collectivités territoriales

L'acte I de la décentralisation impulsé par la loi Deferre du 2 mars 1982 a notamment doté le département de la personnalité morale et a transféré le pouvoir exécutif au président du conseil départemental, l'assemblée délibérante de la collectivité ; pouvoir initialement détenu par le préfet. Le contrôle de tutelle a priori de ce dernier a également été supprimé, laissant désormais une plus grande liberté au département. Un contrôle a posteriori est exercé par le tribunal administratif et la chambre des comptes, sous l'impulsion du préfet.

Ce choix d'organisation administrative du territoire se justifie par l'idée que c'est de près que l'on administre le mieux : ainsi, le choix d'une organisation décentralisée et déconcentrée doit permettre de répondre à une exigence de bonne administration à l'échelle du territoire national.

Malgré une construction normative en ce sens depuis 1980, on a constaté un mouvement de recentralisation des finances locales dès le début des années 1990, du moins de la maîtrise du volet ressources des collectivités territoriales, et a fortiori du département. Les divers allégements fiscaux locaux ont commencé de rendre évanescentes les ressources fiscales. Si bien qu'au sein de l'autonomie financière des collectivités territoriales, ce n'est plus qu'une autonomie de gestion – des dépenses – qui serait de nature à caractériser la mise en œuvre d'une libre administration locale.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003, l'acte II de la décentralisation, fut une tentative de réaffirmation de l'autonomie financière des collectivités territoriales. Les principes constitutionnalisés à l'article 72-2 sont constitutifs de l'autonomie financière. L'idée générale est que « les collectivités doivent disposer de ressources suffisantes, suffisamment autonomes dans leur origine, comme dans leur emploi »[8]. L'on identifie dans cette idée, un principe d'autonomie fiscale et un principe d'autonomie de gestion.

L'autonomie de gestion est régie à l'alinéa premier de l'article 72-2 : « Les collectivités territoriales bénéficient des ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi ». Il s'agit d'un corollaire au principe de subsidiarité en ce qu'il permet sa mise en œuvre d'un point de vue financier.

Ainsi, l'autonomie de gestion laisse une certaine liberté de choix quant à la disposition des ressources des collectivités. Mais cette liberté est fonction des trois types de dépenses existant pour les collectivités territoriales. L'étude de ces catégories de dépense est pertinente dans la mesure où ce n'est qu'au sein des dépenses facultatives qu'une véritable autonomie de gestion pourra être opérée. A contrario, plus le champ des dépenses obligatoires sera important, moins la collectivité aura de marge de manœuvre. Cette augmentation des dépenses obligatoires est pour partie à l'origine de l'explosion des dépenses du conseil départemental.

8 - Bertrand Faure, Droit des collectivités territoriales, Précis Dalloz, 2e édition, 2011

B. L'explosion des dépenses du conseil départemental

Si l'on reconnaît globalement que l'on a opéré un glissement progressif d'une autonomie fiscale vers une autonomie de gestion, il convient de se demander si pour le département, l'autonomie de gestion est elle-même aujourd'hui encore d'actualité.

Les trois types de dépenses des collectivités sont en effet facteur de cette autonomie de gestion : on distingue les dépenses obligatoires, des dépenses interdites et les dépenses facultatives. Seules ces dernières peuvent être opérées à la discrétion de la collectivité. C'est sur ce type de dépense que s'exerce l'autonomie de gestion. Or, on a constaté une augmentation du champ des dépenses obligatoires pour le conseil départemental, ce qui est un facteur qui défavorise fortement son autonomie de gestion. En effet, de nombreux transferts de compétences ont eu lieu[9], et cela notamment en matière d'aide sociale : le département en est le chef de file. La crise financière a eu pour conséquence d'augmenter la masse des bénéficiaires de prestations sociales. Si bien que les dépenses, obligatoires pour le département en matière d'aide sociale, ont explosé, et ne cessent de progresser[10].

Depuis 2003[11], la collectivité a la charge du versement – il ne s'agissait que de l'attribution jusqu'alors - des prestations de Revenus Minimum d'Insertion, devenu Revenu de Solidarité Active en 2008[12].

On constate ainsi une forte progression des dépenses entre 2003 et 2011 : concrètement, les dépenses d'intervention sociale ont doublé durant cette période, et les dépenses de fonctionnement ont progressé de 79%. Cela s'explique notamment par une conjoncture économique très défavorable, qui augmente ainsi le nombre de bénéficiaires des prestations sociales[13].

Près de 80% des dépenses de fonctionnement représentent des dépenses obligatoires - majoritairement prestations sociales et dépenses de personnel -, donc difficilement compressibles. Les ressources des départements ne s'accroissent pas proportionnellement, c'est la raison pour laquelle l'on constate une baisse des dépenses d'investissement et de subvention. Il s'agit d'une forte rigidification de l'autonomie de gestion du département.

La situation du département est d'autant plus difficile à tenir dans la mesure où l'ajustement de ses ressources, pour pallier la croissance des dépenses, est complexe à mettre en œuvre. La Révi-

9 - Le département est le principal bénéficiaire des transferts de compétences depuis 1982, notamment concernant l'aménagement de l'espace et de l'équipement, l'action sociale et sanitaire, l'éducation, la culture et le patrimoine, l'action économique, en complément des régions.

10 - Les aides à la personne ont augmenté de 9% en 2010 et de 2,7% en 2011.

11 - Loi du 18 Décembre 2003 relative à la décentralisation du RMI

12 - Loi n° 2008-1249 du 1er Décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion

13 - Environ 1,6 millions de bénéficiaires du RSA socle en 2011

sion Générale des Politiques Publiques de 2007, remplacée par la Modernisation de l'Action Publique en 2012, a pour but d'agir sur le volet dépenses des collectivités, afin de réduire les dépenses publiques, dans une logique d'efficacité. Il s'agit encore une fois d'une atteinte à l'autonomie financière locale.

II. Le flétrissement de l'autonomie fiscale du conseil départemental

La réforme constitutionnelle de 2003 a donc été une tentative du législateur de réaffirmer une autonomie financière locale, se plaçant ainsi à contre-courant du mouvement de recentralisation financière de l'Etat. Cette tentative a échoué dans la mesure où les ressources propres des collectivités locales, a fortiori celles du conseil départemental, ont été substituées au profit des dotations de l'Etat (A). Cela constitue non seulement un flétrissement de l'autonomie fiscale, qui couplé à la rigidification de l'autonomie de gestion, permet d'affirmer que l'autonomie financière du conseil départemental est réduite à la portion congrue ; mais cela place surtout le département dans une situation difficilement tenable du fait de la pression subie (B).

A. Une substitution des ressources propres du département au profit des dotations de l'Etat

Le nouvel article 72-2 de la Constitution, issu de la réforme de 2003 dispose dans son alinéa 3 : « Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en œuvre ».

La Constitution consacre dans son article 72-2, depuis 2003, un principe d'autonomie fiscale des collectivités territoriales. Comme cela était prévu dans l'alinéa 3, une loi organique est venue fixer les conditions de mise en œuvre de cette règle. C'était du moins son dessein. La loi organique du 29 Juillet 2004[14] est ainsi intervenue pour donner une définition de la notion de « ressources propres » et de « part déterminante ». Son article 3 dispose que les ressources propres sont « le produit des impositions et toutes natures dont la loi les autorise à fixer l'assiette, le taux ou le tarif, ou dont elle détermine, par collectivité, le taux ou une part locale d'assiette, des redevances pour services rendus, des produits du domaine, des participations d'urbanisme, des produits financiers et des dons et legs ». Par conséquent, les dotations de l'Etat et d'autres collectivités, les emprunts et les ressources correspondantes au financement des compétences transférées ne constituent pas des ressources propres. Finalement, les quatre impôts directs que sont la taxe d'habitation, la taxe foncière sur les propriétés bâties, celle sur les non-bâties, et la nouvelle contribution économique territoriale, ne constituent pas la majeure partie de leurs ressources.

14 - Loi organique n°2004-758 du 29 Juillet 2004 prise en application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales

La notion de « part déterminante » est plus problématique, elle a pour but de stopper la régression de la part des recettes fiscales[15] : la loi organique de 2004 proposait que la part soit entendue comme déterminante dès lors « qu'elle garanti[ssait] la libre administration des collectivités territoriales ». Il s'agit là d'un raisonnement tautologique, dans la mesure où la part déterminante de ressources propres a pour but de garantir la libre administration locale et que pour la définir, il faut qu'elle garantisse la libre administration. Cette définition a été censurée par le Conseil constitutionnel[16], car trop imprécise. L'approche qualitative de la définition de la notion reste toutefois dans les esprits.

Le principe posé par la loi constitutionnelle de 2003 a été aménagé à contre-courant de sa volonté initiale par la loi organique de 2004. Le processus de glissement de recettes fiscales directes vers des dotations de l'Etat a continué, réduisant ainsi l'autonomie fiscale du département à sa portion congrue.

La tendance s'est accentuée en 2010, avec la suppression de la taxe professionnelle, qui constituait la ressource fiscale la plus importante des collectivités[17]. Elle est remplacée par la contribution économique territoriale, composée elle-même de la cotisation foncière des entreprises (CFE) et de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE). Cela fragilise le département en ce que la CVAE, basée sur les bénéfices des entreprises, est bien plus sensible à la conjoncture économique que ne l'était la taxe professionnelle : en cas de conjoncture économique défavorable le produit de la CVAE sera moindre, alors même que dans cette situation les dépenses sociales progressent et qu'un financement est en ce cas nécessaire ; cela constitue une épée de Damoclès pour le département.

B. Une situation difficilement tenable

Bien que l'alinéa 4 de l'article 72-2 de la Constitution pose le principe selon lequel les transferts de compétences doivent être accompagnés de transfert de moyens, l'application réelle de ce transfert n'est pas satisfaisante ; d'autant plus que l'État a décidé de baisser de 11 milliards ses dotations aux collectivités entre 2015 et 2017. Dans le cas du département, chef de file en matière sociale, les compensations financières de l'Etat devraient en théorie couvrir les dépenses sociales. Ce n'est pas le cas, et cela s'explique notamment par le caractère davantage évolutif des charges sociales : les compensations ne suivent pas, « il y a un décalage entre les recettes affectées à ces transferts, et les charges croissantes supportées par les départements au titre de ces nouvelles compétences »[18].

Cela a notamment pour conséquence la baisse de l'investissement départemental[19]. Le re-

15 - De 1997 à 2002, la part des recettes fiscales s'est réduite de 58,3% à 52,2% pour le département.

16 - Conseil constitutionnel, 29 Juillet 2004, n° 2004-500 DC : JO 30 Juillet 2004

17 - Environ 43% du total des quatre taxes, avec 30,23 milliards d'euros en 2009

18 - Rapport public annuel 2013 de la Cour des comptes

19 - Environ 11% de baisse des dépenses d'équipement pour 2012

cours à l'emprunt, libéralisé depuis 1982, est une solution utilisée. L'emprunt permet de couvrir les dépenses d'investissement[20], mais il est coûteux et peut parfois s'avérer nocif : il fait courir dans ce cas là des risques d'endettement pour les collectivités, et donc pour les finances locales et nationales de manière plus générale.

Ainsi, on peut considérer que l'autonomie fiscale du département n'est pas effective dans la mesure où la proportion des ressources fiscales s'affaiblit au profit des ressources de l'Etat. En parallèle de cette recentralisation fiscale, la conjoncture faisant progresser les dépenses obligatoires - notamment en matière sociale -, les transferts de compétences de l'Etat sans transferts suffisants de moyens, mettent une pression telle sur les départements que l'on peut considérer que leur autonomie de gestion est elle aussi réduite à sa portion congrue.

Le bien-fondé de l'existence du département au sein du « mille-feuilles territorial » fait toujours débat aujourd'hui, à plus forte raison encore quand son autonomie financière presque inexistante pousse à remettre en cause l'effectivité même de la décentralisation. D'autant plus que la situation financière des départements est de nature à appeler des réformes structurelles, dans un souci de pragmatisme financier. La question de l'avenir du département reste ouverte.

Alexandre HULÉ
Etudiant du Master 2 Droit de la construction et de l'urbanisme - Université Paris Sud, COMUE Paris - Saclay

20 - L'emprunt ne peut d'ailleurs servir qu'à financer les dépenses d'investissement

Données publiques et droit de propriété : Retour sur une affaire de généalogie…

La propriété de l'information a toujours été la source de controverses doctrinales[1], entre « éternelle chimère »[2] et simple malentendu[3]. Toutefois, ce débat conserve une certaine vigueur face à la multiplication des portails d'informations publics[4]. Ainsi, plusieurs collectivités ont lancé leurs portails numériques (Grand Lyon, Rennes métropole…). L'ensemble des informations publiques contenues dans de telles bases peuvent être réutilisées, souvent commercialement[5], malgré les réticences des collectivités. Tel fut le cas dans une décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux en date du 26 février 2015[6].

En l'espèce, par une délibération du 18 décembre 2009, le Conseil général de la Vienne a décidé que la consultation des archives publiques s'effectuerait uniquement au sein de la salle de lecture du bâtiment des archives départementales et que la cession des fichiers numériques, constitués à partir de fonds d'archives publiques, ne serait autorisée que dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public, accompagnée d'une convention en précisant les modalités de réutilisation. Jugeant ces conditions bien trop restrictives, la société NotreFamille.com, spécialisée dans l'exploitation et la vente de données généalogiques, a demandé au Département, par un courrier du 29 avril 2010, d'abroger une telle délibération. Le 1er juillet 2010, le Président du Conseil général s'y refusait. La société a alors décidé de saisir le tribunal administratif de Poitiers.

Dans un jugement du 31 janvier 2013[7], celui-ci rejette la demande de la société, selon un raisonnement que la Cour administrative d'appel va reprendre et confirmer, dans un arrêt du 26 février 2015[8]. Concrètement, la société adresse trois griefs au Département de la Vienne, tous rejetés par la Cour administrative d'appel de Bordeaux. Tout d'abord, la Cour réalise une analyse a priori imparfaite du droit des bases de données (I). Ensuite, elle opère une interprétation manifestement erronée des dispositions des articles 10 et 11 de la loi du 17 juillet 1978 (II). Enfin, elle considère que ce même encadrement ne facilite pas la mise en place d'un abus de position dominante (III).

1 - VIVANT Michel, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », Revue internationale de droit économique (t. XX,4), pages 361-388, 2006/4

2 - MALLET-POUJOL Nathalie, « Appropriation de l'information : éternelle chimère », Rev. Droits, p. 330, 1997

3 - PASSA Jérôme, « La propriété de l'information : un malentendu ? », Revue Droit et patrimoine, page 91, 2001

4 - CHERON Antoine, « Open data et valorisation du patrimoine immatériel », AJCT page 123, 2013

5 - AUBY Jean-Bernard, « La réutilisation des données publiques », Revue Droit administratif, Repère 8, 2011

6 - CAA Bordeaux, 26 février 2015, Société Notrefamille.com c/ Département de la Vienne, n°13BX00856

7 - TA Poitiers, 31 janvier 2013, Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne, n°1002347

8 - BRUGUIERE Jean-Michel, « Des données publiques, pas si publiques que cela… », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°19-20, page 2434, 6 mai 2013

I. Une analyse a priori imparfaite du droit des bases de données

Même si la présence d'une base de données parait, en l'espèce, évidente (A), l'éligibilité de son producteur au régime de protection sui generis du Code de la propriété intellectuelle est plus contestable (B).

A. La présence avérée d'une base de données

En droit, aux termes de l'article L.112-3 du Code du patrimoine, « on entend par base de données, un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ». Reprenant cette définition, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de considérer que le répertoire SIRENE constitue « non une simple collection de données mais un ensemble organisé et structuré d'informations relatives à l'identité et à l'activité des entreprises »[9].

En fait, la Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans sa décision du 26 février 2015, observe que « le département de la Vienne a crée un ensemble de fichier numériques permettant le stockage permanent d'archives et l'accès à celles-ci par l'intermédiaire du site internet des archives départementales » (considérant n°11). Elle poursuit en précisant que « les informations contenues dans les documents originaux ont été classés et structurés de façon à permettre (…) d'accéder à l'un des documents archivés et numérisés ». Dès lors, « cet ensemble présente les caractères d'une base de données ».

Une fois la présence d'une base de données constatée, la question de l'éligibilité de son producteur au statut protecteur du Code de la propriété intellectuelle se pose.

B. La présence contestable d'un producteur de base de données

En droit, aux termes de l'article L.341-1 du Code de la propriété intellectuelle, « le producteur d'une base de données, (…) bénéficie d'une protection du contenu de sa base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel ».

En fait, dans son jugement du 31 janvier 2013, le tribunal administratif de Poitiers avait observé que le département de la Vienne « a engagé plus de 230 000 euros pour la réalisation de ce projet et que la numérisation des documents d'archives a duré huit ans et a nécessité un investissement matériel, technique et humain substantiel ». Or, de manière assez laconique, la Cour administrative d'appel se contente de préciser que « l'investissement financier, matériel et technique réalisé par le département de la Vienne permet de la qualifier de producteur de données » (considérant n°11). A l'inverse,

9 - CE, 10 juillet 1996, Société Direct Mail Promotion, n°168702

le juge de l'Union a une conception bien plus précise de cette notion d'investissement substantiel, justifiant la protection du producteur de bases de données[10]. En effet, par quatre décisions rendues le 9 novembre 2004, la Cour de justice considère, en faisant référence à l'article 7.1 de la directive 96/9 du 11 mars 1996[11], que la protection au titre du droit sui generis du producteur de bases de données s'applique aux bases de données « qui répondent à un critère précis, à savoir que l'obtention, la vérification ou la présentation de leur contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif »[12].

Cette grille de lecture précise[13] a fait l'objet d'une application intéressante par la Cour d'appel de Rennes[14]. En l'espèce, la société Precom, régie publicitaire du journal Ouest-France, gère les annonces immobilières des particuliers sur le site du quotidien. La société Direct Annonces crée, chaque jour, une revue d'annonces immobilières qu'elle extrait de certains sites internet, dont celui de Ouest-France. Tout d'abord, concernant le critère d'obtention du contenu, la Cour note que « Precom s'est dotée d'une structure importante, consistant notamment en un centre d'accueil téléphonique, installé dans plusieurs sites » et que « les chiffres qu'elle avance, soit un effectif de 40 téléconseillers et un budget de 790 000 euros pour le centre d'accueil téléphonique en 2004 (…) ne sont pas contestés ». Ensuite, concernant le critère de présentation du contenu, la Cour souligne que « la base litigieuse est constituée d'annonces, qui sont formalisées par Precom lors de leur saisie aux fins de publication sur les indications fournies par les annonceurs, lesquels sont invités à fournir les précisions nécessaires pour permettre tant l'utilisation de l'annonce que son classement, de sorte que la création des éléments de base, et leur intégration en son sein, se confondent en une même opération et sont indissociables ». Enfin, concernant le critère de vérification du contenu, la Cour observe « qu'aucune vérification du contenu des annonces n'est mise en œuvre, mis à part leur caractère complet et cohérent lors de leur saisie ». En conclusion, la Cour estime que « PRECOM échouant à démontrer que les investissements qu'elle a réalisé dans le cadre de son activité entrent dans les prévisions de l'article L.341-14 du Code de la propriété intellectuelle, elle ne peut bénéficier de la protection du contenu de

10 - MALLET-POUJOL Nathalie, « La protection des bases de données : un péage pour l'accès aux informations génétiques ? », revue Lamy Droit de l'immatériel, page 93, 2013

11 - Directive 96/9 du Parlement et du Conseil du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données

12 - CJCE, 9 novembre 2004, The British Horseracing Board Ltd e.a. c/ William Hill Organization Ltd, aff. C-203/02 (point 29) ; CJCE, 9 novembre 2004, Fixtures Marketing Ltd c/ Organismos Prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP), aff. C-444/02 (point 38) ; CJCE, 9 novembre 2004, Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Sple AB, aff. C-338/02 (point 22) ; CJCE, 9 novembre 2004, Dixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkaus AB, aff. C-46/02 (point 32)

13 - VIVANT Michel, « L'investissement, rien que l'investissement », Revue Lamy Droit de l'immatériel, page 3, 2005

14 - CA Rennes, 26 juin 2007, SA Ouest-France Multimedia c/ SA Direct Annonces et SARL Precom, n°05/05903 ; voir également : CA Paris, 4ème ch. Sect. A, 28 février 2007, SARL Imperial Classic Diffusion, n°06/01131

la base de données litigieuse »[15].
Après avoir, assez maladroitement, validé l'éligibilité du producteur de la base de données en cause au statut protecteur du Code de la propriété intellectuelle, la Cour administrative d'appel de Bordeaux ne s'oppose pas à la décision de refus de réutilisation de ses archives du Département de la Vienne, de manière juridiquement contestable.

II. Une analyse manifestement erronée des dispositions des articles 10 et 11 de la loi du 17 juillet 1978

L'appréciation par la Cour administrative d'appel de Bordeaux des dispositions de la loi du 17 juillet 1978 demeure juridiquement contestable, tant pour l'article 10 (A), que l'article 11 (B) du même texte.

A. Cas général

En droit, l'article 10 alinéa 1er de la loi du 17 juillet 1978 pose que « les informations figurant dans des documents produits ou reçus par les administrations mentionnées à l'article 1er, quel que soit le support, peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus ». Toutefois, « ne sont pas considérées comme des informations publiques, (…) les informations contenues dans des documents dont la communication ne constitue pas un droit ». Il en va de même pour celles contenues dans des documents « produits ou reçus par les administrations (…) dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel et commercial, ou sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle ».
En l'espèce, la Cour administrative d'appel de Bordeaux affirme « qu'en autorisant des informations obtenues par le biais soit de la consultation des archives sur place, pouvant donner lieu à délivrance d'une copie papier ou numérique, soit par consultation sur le site internet, qui ne permet d'obtenir qu'une copie papier, la délibération litigieuse n'a pas porté atteinte au droit que les usagers tiennent des articles 4 et 10 de la loi du 17 juillet 1978 » (considérant n°10). Or, aux termes de l'article L.213-2 du Code du patrimoine, « les archives publiques sont communicables de plein droit à l'expiration d'un délai de (…) soixante-quinze ans à compter de la date du document »[16].
La Cour administrative d'appel opère, également, une appréciation maladroite de l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978, l'analysant comme autorisant les services d'archives à disposer d'un pouvoir discrétionnaire sur l'opportunité d'accepter, ou non, une demande de réutilisation.

15 - Raisonnement confirmé par : Cass., Civ. 1ère 5 mars 2009, n°07-19734 et 07-19735

16 - Position validée par la CADA : conseil n°20101341 du 25 mars 2010, Directrice des archives et du patrimoine immobilier de l'Essonne (http://www.cada.fr/conseil-20101341,20101341.html)

B. Cas dérogatoire

En droit, l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 précise que « par dérogation au présent chapitre, les conditions dans lesquelles les informations peuvent être réutilisées sont fixées, le cas échéant, par les administrations mentionnées aux a et b du présent article lorsqu'elles figurent dans des documents produits ou reçus par : (a) des établissements et institutions d'enseignement et de recherche ; (b) des établissements, organismes ou services culturels ».
En fait, pour la Cour administrative d'appel de Bordeaux, aux termes de cet article 11, « un service culturel producteur d'une base de données peut interdire la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de cette base de données » (considérant n°9). Dès lors, pour la Cour, l'article 11 de la loi du 17 juillet 1978 permet, notamment, à un service culturel producteur d'une base de données, de refuser de manière totalement discrétionnaire, la réutilisation de celle-ci. Or, l'interprétation traditionnellement retenue est bien différente. En effet, comme le rappelle Jean-Michel BRUGUIERE, ce texte « ne légitime aucun refus de principe », il « autorise juste (ce qui est déjà très bien) ces établissements à encadrer les modalités de réutilisation »[17]. Cette position, consacrée par la CADA[18], l'a également été par le juge administratif[19] dans un litige concernant également la société NotreFamille.com, avec le Département du Cantal cette fois[20].
Ultime argument soulevé par la société NotreFamille.com, la Cour administrative d'appel refuse de voir dans l'encadrement de l'accès et de la réutilisation de ses archives par le Département, un moyen de faciliter la mise en place d'un abus de position dominante.

III. Une analyse cohérente du droit de la concurrence

En droit, le considérant n°47 de la directive 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données précise que « dans le but de favoriser la concurrence entre les fournisseurs de produits et de services dans le secteur du marché de l'information, la protection par le droit sui generis ne doit pas s'exercer de manière à faciliter les abus de position dominante, notamment en ce qui concerne la création et la diffusion de nouveaux produits et services présentant une valeur

17 - BRUGUIERE Jean-Michel, « Des données publiques, pas si publiques que cela… », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°3, page 2318, 2012

18 - Avis n°20103177 du 27 juillet 2010: « les établissements culturels ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire leur permettant d'apprécier l'opportunité de faire droit ou non à une demande de réutilisation »

19 - TA Clermont-Ferrand, 13 juillet 2011, Société NotreFamille.com c/ Département du Cantal, n°1001584 ; CAA Lyon, 4 juillet 2012, Société NotreFamille ;com c/ Département du Cantal, n°11LY02325

20 - CONNIL Damien, « Réutilisation commerciale d'archives départementales : nouveaux défis, première décision », AJDA page 375, 2012 ; CONNIL Damien, « Réutilisation commerciale d'archives départementales : nouvelle décision, nouvelle étape », AJDA page 301, 2013

ajoutée d'ordre intellectuel, documentaire, technique, économique ou commercial; que, dès lors, les dispositions de la présente directive sont sans préjudice de l'application des règles de la concurrence, qu'elles soient communautaires ou nationales ».

Or, traditionnellement, pour être soumis au droit de la concurrence, encore faut-il que l'organisme en cause soit une « entreprise », au sens du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire tout organisme exerçant une « activité économique »[21]. Toutefois, récemment, la Cour de justice de l'Union a considéré qu'une activité « consistant à tenir et à rendre accessibles au public des données ainsi collectées, soit par une simple consultation, soit par la fourniture de copies sur support papier, (…) ne constitue pas une activité économique »[22]. En l'absence de commercialisation de données, il ne peut y avoir d'activité économique, et donc, par voie de conséquence, il ne peut y avoir d'entreprise soumise au droit de la concurrence.

En fait, suivant ce raisonnement, la Cour administrative d'appel de Bordeaux estime que « le département de la Vienne ne commercialise pas les informations publiques contenues dans le site internet du service des archives départementales, ni ne les réserve à un opérateur économique, (…) ainsi, sa délibération (…) n'a pas pour effet de placer une entreprise en situation d'abuser de sa position dominante » (considérant n°12).

Alors que le phénomène de valorisation du patrimoine immatériel de l'Etat se développe depuis plusieurs années[23], cette décision constitue une sorte de « baroud d'honneur contre l'ouverture des données publiques »[24]. Le patrimoine immatériel est un « levier efficace de modernisation et de revenus supplémentaires pour l'Etat, mais également et surtout de renforcement de notre compétitivité économique »[25]. La personne publique en a pris conscience, mais pas encore totalement.

Matthias Michel
Etudiant du Master 2 Droit public des affaires (Parcours Professionnel) - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonn

21 - CJCE, 23 avril 1991, Höfner, n°C-41/90

22 - CJUE, 12 juillet 2012, Compass-Datenbank Gmbh c/ République d'Autriche, n°C-138/11 (point 41)

23 - AUBY Jean-Bernard, « L'immatériel dans l'Etat », Revue Droit administratif, page 2, juin 2007 ; DE BEAUREGARD - BERTHIER Odile, « Le patrimoine immatériel de l'Etat », in « Bien public, bien commun : Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne FATOME », Dalloz, 2011

24 - BLANC Sabine, « Open data : baroud d'honneur contre l'ouverture des données publiques ? », La Gazette des communes, 6 mars 2015

25 - LEVY Maurice et JOUYET Jean-Pierre, « L'économie de l'immatériel : la croissance de demain », Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, novembre 2006

Être une bonne mère : mode d'emploi I

Suis-je une bonne mère ? Cette question, beaucoup sont celles qui se la sont posées après l'arrivée de leur enfant, livré trop souvent sans mode d'emploi, et ne trouve jamais vraiment de bonne et unique réponse, l'amour étant seulement le ciment de chacune d'elles. Mais quand le droit fiscal rencontre la maïeutique, point besoin de psychologue ou de psychanalyste pour lever ces interrogations existentielles, un manuel du régime mère-fille devrait, en principe, suffire.

C'est cet ouvrage-là, dont la teneur s'enrichit notamment au gré des nouvelles prises de positions jurisprudentielles, que nous avons voulu explorer dans cet article. Le régime mère-fille prévu aux articles 145 et 216 du code général des impôts (CGI), est issu des dispositions d'une loi du 31 juillet 1920 qui ont eu pour objectif – découvert lors de fameuses affaires de coquilles – de « favoriser l'implication de sociétés mères dans le développement économique de sociétés filles pour les besoins de la structuration et du renforcement de l'économie française »[1].

Ce régime optionnel[2], qui s'insère dans un contexte européen depuis la directive 90/435/CEE[3], permet aux sociétés mères de bénéficier d'une exonération d'impôt sur les dividendes qu'elles perçoivent de leurs filiales, sous réserve de la taxation d'une quote-part de frais et charges de 5% de leur montant.

Ce régime s'applique aux « sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal » qui détiennent des participations, dans des filiales distributrices quelconques, satisfaisant aux conditions prévues au a, b et c du 1 de l'article 145.

Précisions que, selon le tribunal administratif (TA) de Versailles, ces dispositions ne distinguent pas les organismes soumis partiellement ou totalement au taux normal de l'impôt sur les sociétés de 33 %, de sorte que peuvent en bénéficier les sociétés taxées au taux réduit de 15 % dans la limite de

1 - CE 17 juillet 2013 n°352989, min. c/SARL Garnier Choiseul Holding, RJF 11/13 n°1064, aux conclusions de Frédéric Aladjidi publiées au BDCF 11/13 n°119 et chronique d'Emilie Bokdam-Tognetti, Coquilles et abus de droit : les délices de la conchyliologie, RJF 11/13

2 - CAA Nantes 27 décembre 2006 n°06NA00022 SARL 2 MCS et CE (na) 9 janvier 2008 n°302092 SARL 2 MCS, RJF 4/08 n°412 ; CAA Versailles 2 décembre 2014 n°12VE0924 Sté Havas, RJF 3/15 n°174 : la circonstance qu'une société n'a pas exercé cette option lors de la souscription de sa déclaration de résultat initiale constitue une décision de gestion qui lui est opposable de sorte qu'elle ne peut utilement déposer une déclaration rectificative ultérieure.

3 - Elle fut remplacée depuis par la Directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011, elle-même récemment modifiée par la Directive 2015/121 du 27 janvier 2015 y insérant une clause générale anti-abus.

38 120 euros et à ce taux normal pour le surplus de leurs bénéfices[4]. Cette position, qui fut reprise par la doctrine administrative[5], laisse ainsi entendre que l'expression « au taux normal » exclut seulement les sociétés exclusivement soumises au taux réduit de l'impôt sur les sociétés[6].

Le a qui prévoit que « les titres de participations doivent revêtir la forme nominative ou être déposés dans un établissement désigné par l'administration » ne pose aucune difficulté et seules seront abordées ici – et ailleurs[7] – les conditions découlant des deux autres alinéas.

Aux termes du b, « les titres de participation doivent représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice », condition que le Conseil d'Etat est venu préciser à deux égards au mois de novembre 2014.

En premier lieu, il a été jugé que le régime des sociétés mères n'est applicable qu'aux participations qu'une société détient directement dans une autre société[8]. En l'espèce, la société Artémis détenait 98,82 % du capital d'un general partnership américain établi dans l'Etat du Delaware – vous avez dit bizarre, comme c'est bizarre – qui lui-même détenait 10 % de la société de capitaux Roland, également de droit américain. Le Conseil d'Etat valide le raisonnement de la cour administrative d'appel (CAA) de Versailles selon lequel l'interposition du general partnership, doté d'une personnalité juridique distincte de celle de ses associés, et devant par conséquent être assimilé à une société de personnes régie par l'article 8 du CGI, empêche la société Artémis de bénéficier du régime des sociétés-mères pour la quote-part de ses bénéfices correspondant aux dividendes distribués par la société Roland au general partnership.

Cette solution reprend celle adoptée dans un arrêt ancien de 1983 statuant sur l'interposition d'un GIE entre ses membres et les sociétés dont celui-ci détient directement les titres[9]. Mais, tandis que ce précédent était fondé uniquement sur la personnalité propre de l'entité interposée, le Conseil d'Etat s'appuie ici aussi sur les articles L.233-2 et L.233-4 du Code de commerce qui définissent la

4 - TA Versailles 23 janvier 2014 n°0611291 SARL Toulorge, inédit

5 - BOI-IS-BASE-10-10-10-10 n°110 du 25 juillet 2014

6 - Solution que nous partageons quand on sait que l'inverse aurait eu pour conséquence l'exclusion du champ d'application du régime l'ensemble des sociétés bénéficiant du taux réduit, à savoir les PME réalisant un CA HT de moins de 7 630 000 euros ayant leur capital entièrement libéré et détenu à hauteur de 75% au moins par des personnes physiques.

7 - Vous retrouverez la suite de cet article prochainement.

8 - CE 24 novembre 2014 plèn., n°363556, Sté Artémis SA, RJF 02/15 n°102

9 - CE 19 octobre 1983 n°33816, RJF 12/83 n°1506

notion de participation dans une autre société. Détenir une participation renvoie donc nécessairement à des participations directes. Une seule exception reste devoir être maintenue, à savoir celle des sociétés immobilières de copropriétés visées à l'article 1655 ter du CGI qui sont réputées, quelle que soit leur forme juridique, ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application, notamment, des impôts directs.

En second lieu, les juges du Palais Royal ont tranché l'épineuse question de savoir si l'application du régime est subordonnée à la double condition que la société mère détienne une participation représentant à la fois au moins 5% du capital et des droits de vote de la société distributrice[10]. A cette question, le Conseil d'Etat répond qu'il n'en est rien : selon lui, d'une part, les dispositions du 1 de l'article 145 du CGI n'exigent pas que, pour l'appréciation du seuil de détention d'au moins 5 % du capital de la société émettrice, des droits de vote soient attachés à chacun des titres de participation détenus par la société mère ni, a fortiori, que les droits de vote éventuellement attachés aux titres de participation soient strictement proportionnels à la quotité de capital qu'ils représentent. D'autre part, les dispositions du b ter du 6 du même article, qui excluent du régime les produits des titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote, sauf si la société détient des titres représentant au moins 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice[11], n'ont ni pour objet, ni pour effet de réserver l'application de ce régime aux seules sociétés détenant des titres de participations représentant au moins 5 % du capital et 5 % des droits de vote.

Nous remarquons qu'il est fait ici une lecture très méthodique, que nous partageons, de l'article 145, comme en témoignent les conclusions du rapporteur public : « la lettre de l'article 145 est claire dès lors qu'on veille à ne pas mélanger deux questions : d'une part, la définition des participations qui ouvrent droit au bénéfice du régime d'exonération – question réglée par les dispositions du 1 de l'article 145 ; d'autre part, la définition des produits exonérés – question réglée par les dispositions du 6 de ce même article. La première question est celle du champ d'application ratione personae du régime de faveur ; la seconde est celle de son champ d'application ratione materiae. »[12]. Il en résulte que la condition tenant à la détention de 5 % du capital doit toujours être satisfaite, tandis que celle relative aux 5 % des droits de vote permet la déductibilité du bénéfice net des produits de titres auxquels n'est attaché aucun droit de vote lorsque, par ailleurs, le contrôle en capital de la mère sur sa fille est suffisant. Ainsi, une société qui détient 5 % du capital de sa fille sans aucun droit de vote a la qualité de société mère mais ne peut bénéficier de l'exonération pour les produits de ces titres qu'elle perçoit.

10 - CE 5 novembre 2014 n°370650, min. c/Sté Sofina, RJF 01/15 n°9 ; confirmé par CE 3 décembre 2014 n°363819, min. c/Sté Financière Pinault, RJF 03/15 n°191

11 - Exception à l'exception introduite par l'article 39 de la LFR pour 2005 n°2005-1720 du 30 décembre 2005

12 - Conclusions de Vincent Daumas publiées au BDCF 01/15 n°1

A l'inverse, une société détenant 5% du capital par des titres auxquels leurs sont tous attachés des droits de vote, sans pour autant représenter 5 % de ces derniers – en raison de l'existence d'actions comportant un droit de vote double par exemple – a droit au bénéfice du régime des sociétés mères pour l'ensemble des produits distribués par sa filiale.

Reste en suspens la question de savoir ce que sont les « titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote », visés au b ter du 6, qui est actuellement pendante devant le Conseil d'Etat, à la suite d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la CAA de Versailles[13] qui a jugé que les actions d'autocontrôle constituaient des titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote en se fondant sur l'article L.233-31 du Code de commerce énonçant que les droits de vote attachés à ces actions ne peuvent être exercés à l'assemblée générale de la société. Il s'agira de répondre – essentiellement en opportunité – à la question de savoir si la lettre du texte est claire. En effet, si tel est le cas, il faudrait alors s'en tenir à une lecture plus orthodoxe qui mènerait, semble-t-il, à une position contraire : des droits de vote sont bien stricto sensu attachés aux actions d'autocontrôle, le législateur ayant seulement voulu empêcher leur exercice dans une telle situation mais pouvant être retrouvés lorsque celle-ci cesse. En revanche, si le texte est regardé comme obscur, les juges pourront avoir recours aux travaux parlementaires[14] qui indiquent que son objet est de ne faire bénéficier du régime que « les participations donnant aux sociétés participantes un certain pouvoir de gestion sur les filiales »[15], sans que les juges soient tenus à une interprétation neutralisante[16]. Quoiqu'il en soit, se pose sérieusement la question de la compatibilité de cette disposition à la Directive, qu'aurait pu se poser, en termes de « discrimination à rebours »[17] dans ce cas d'espèce, si la société avait détenu 25% du capital de sa filiale, seuil de détention anciennement prévu par la Directive pour revêtir la qualité de société mère. Affaire à suivre...

A ce stade, il nous paraît opportun de revenir sur un arrêt du Conseil d'Etat qui a refusé le béné-

13 - CAA Versailles 29 janvier 2013 n°13VE03279 Société Métro Holding France, RJF 07/13 n°747

14 - CE sect., 27 octobre 1999 n°188685 Commune de Houdan ; CE 30 janvier 2013 n°346683 Ambulances de France, RJF 4/13 n°392

15 - Tome III du rapport général fait au nom de la commission des finances concernant la LF pour 1993 n°92-1376

16 - L'interprétation neutralisante est subordonnée, notamment, à la condition que le texte interprété soit pris pour la transposition d'une directive, ce qui n'est pas le cas de l'article 104 de la LF pour 1993.

17 - Il n'est pas certain que la Directive permette une telle restriction au bénéfice du régime qui prévoit seulement que les Etats ont la faculté « par accord bilatéral, de remplacer le critère de participation dans la capital par celui de détention des droits de vote » (article 3), et par ailleurs qu'elle « ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus » (article 1er). Or, comme l'indique Vincent Daumas dans ses conclusions précitées, la Directive « fait des critères de détention du capital ou des droits de vote deux critères alternatifs », là où la combinaison du b du 1 et du b ter du 6 en font des critères cumulatifs.

fice de ce régime à une société qui s'avérait être uniquement usufruitière des titres de participation de sa « filiale » aux motifs que « si la qualité d'usufruitier permet une participation aux éventuels bénéfices, elle ne confère pas à son titulaire des droits équivalents, notamment vis-à-vis du capital et de l'exercice du droit de vote, à ceux d'un propriétaire détenteur du titre »[18]. Les conclusions du rapporteur public[19] justifient cette solution à trois égards. Un argument textuel : les articles du code civil et du code de commerce régissant l'usufruit de droits sociaux ne prévoient pour l'usufruitier qu'un droit de vote, a minima, s'agissant des décisions relatives à l'affectation des bénéfices, et laissent entendre – nous vous épargnons des débats doctrinaux sur ce point – que seul le nu-propriétaire est associé de la société tandis que l'usufruitier est étranger aux apports. L'esprit et la généalogie des lois dont est issu le régime mère-fille : ils indiquent que la société mère doit disposer d'un certain contrôle sur sa filiale. Et, un arrêt de la CJUE : la notion de participation au sens de l'article 3 de la Directive 90/345/CE doit être interprétée en ce sens qu'elle ne comprend pas la détention de parts en usufruit[20].

Cette solution a été réaffirmée un mois après, dans un cas d'espèce sensiblement différent puisque la société mère détenait l'usufruit de 50% des titres de sa filiale et l'autre moitié en pleine propriété, en jugeant que le régime ne pouvait s'appliquer qu'aux produits des titres détenus en pleine propriété[21].

Si nous pouvons partager – sans quelques difficultés – la première solution des juges du Palais Royal, cette seconde demeure contestable à de nombreux chefs.

En premier lieu, cette solution ne se concilie point avec la logique des champs d'application des 1 et 6 de l'article 145 telle que dégagée dans l'arrêt Sofina précité. En effet, le régime des sociétés-mères « est applicable aux sociétés », et non aux participations. Le point d'entrée dans le régime, question de qualification d'une société mère, réside dans la détention de participations satisfaisant les conditions des a, b et c du 1. Dès lors que tel est le cas, la société revêt la qualité de société mère – champ d'application ratione personae – et peut bénéficier de l'exonération pour toutes les distributions qu'elle perçoit de sa fille, sous réserve que ces produits de titres ne soient pas visés au 6 – champ d'application ratione materiae. Or, d'une part, une société détenant 50 % de sa filiale en pleine propriété, sous réserve du respect des autres conditions, doit être qualifiée de société mère, et d'autre part, les produits de titres détenus en usufruit ne sont pas visés par le 6 de l'article 145.

18 - CE 20 février 2012, n°321224, Sté civile Participasanh, RJF 5/12 n°454

19 - Conclusions de D. Hedary publiées au BDCF 5/12 n°54

20 - CJCE 22 décembre 2008, aff. 48/07, Belgique c/Les Vergers du Vieux Tauves SA, RJF 3/09 n°305

21 - CE 23 mars 2012, n°335860, Sté Financières Aubert, RJF 7/12 n°688

En second lieu, la portée de l'arrêt de la CJUE précité doit être relativisée. La cour se prononce sur l'hypothèse d'une société ne détenant que l'usufruit des titres de sa « filiale » et, l'interprétation qu'elle donne de la notion de « participation dans le capital », qui figure à l'article 3 de la Directive, est faite à l'aune de la qualité de société mère. Autrement dit, la cour ne répond seulement qu'à la question de savoir si l'usufruit de titres de participation peut octroyer cette qualité. En outre, elle précise que les Etats peuvent aller au-delà de la Directive en décidant d'exonérer d'impôt les sociétés usufruitières.

Cette solution est donc sévère, voire contestable, mais se place logiquement dans le droit chemin des méfiances exacerbées à l'égard des démembrements de propriété. Celle-ci pourrait évoluer sans que le Conseil se sente tenu par cet arrêt dès lors qu'il fut rendu par une sous-section jugeant seule, formation qui a pour habitude de ne pas trancher de question nouvelle.

La pierre étant ainsi jetée sur la mère usufruitière indigne, nous pouvons nous interroger sur la situation de la mère nu-propriétaire ? Est-elle une meilleure mère ? Pour l'instant, seuls les juges du TA de Paris ont reconnu la fibre maternelle des sociétés nu-propriétaires en jugeant qu'elles devaient se voir reconnaître le statut de société mère en raison de leur qualité d'associée[22]. Affaire à suivre… (encore) !

Pierre-Valéry Astier
Diplômé du Master 2 Droit fiscal, Paris 2 Panthéon Assas
Elève avocat, HEDAC

22 - TA Paris 8 juillet 2009, n°0417286,0803363, Sté Sof-Invest, RJF 1/10 n°13 ; voir également CAA Douai 30 décembre 2011, n°10DA00628 SA Financière Niort, RJF 4/12 n°348 qui a jugé que la société nu-propriétaire ne pouvait bénéficier du régime mère-fille pour les produits distribués par sa filiale qui lui ont été reversés par la société usufruitière.

L'opportunité d'ajouter un vingt-et-unième critère de discrimination à raison de la précarité sociale

Une proposition de loi récemment déposée par le sénateur Yannick Vaugrenard envisage d'ajouter un nouveau critère de discrimination à raison de la précarité sociale non seulement dans le code pénal et le code du travail, mais également dans la loi sur la liberté de la presse de 1981 et la loi de 2008 portant diverses adaptations du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations[1].

.

Depuis 1998, la lutte contre les exclusions sociales a été lancée. Partant du constat frappant que les populations en grande précarité souffrent d'un manque réel d'accès et même de barrières manifestes à leurs droits fondamentaux, tel que le droit à la dignité, à la justice ou le droit à l'éducation[2], l'Etat doit mettre en place un arsenal législatif afin de rendre les droits de l'homme effectifs. Peuvent être citées, la loi de 1999 créant la Couverture Médicale Universelle, la loi relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage en 2000, la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain de 2000, la loi sur le droit au logement opposable de 2007 etc.

Aujourd'hui, un constat frappant résonne comme un écho lassant et pourtant presque inaudible. « En France, les pauvres sont de plus en plus nombreux et de plus en plus pauvres. (…) La dénonciation démagogique de l'« assistanat » masque ces difficultés en dressant une partie de la population contre l'autre »[3]. Les exclusions sociales, bien loin d'avoir diminué, ont un caractère héréditaire et condamnent ceux qui la vivent à ne jamais en sortir[4]. Pire encore, elles sont banalisées car l'opinion selon laquelle les pauvres seraient fautifs de leur situation[5], s'accentue, poussant les personnes concernée à vivre dans la honte et le mutisme, les empêchant de revendiquer leurs droits. La responsabilité de la misère n'est plus considérée comme étant collective mais individuelle. Existe-t-il

1 - Proposition de loi visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale, n°378, enregistrée à la présidence du sénat le 31 mars 2015

2 - Voir le rapport du Secrétaire Général des Nations Unies n°06-48756, A/61/308

3 - Nicolas Duvoux, Le nouvel âge de la solidarité : Pauvreté, précarité et politiques publiques – Seuil La République des idées – février 2012

4 - Rapport d'information présenté au sénat, n°388, « Comment enrayer le cycle de la pauvreté ? Osons la fraternité ! », Yannick Vaugrenard

5 - « Il faut bien constater que certaines personnes sont victimes d'une discrimination caractérisée quand tout à la fois la responsabilité de leur situation leur est imputée, leur passé de misère et d'exclusion leur est reproché, leur parole est discréditée, leurs entreprises ou leurs comportements sont dénigrés du seul fait qu'ils apparaissent comme des individus sans statut reconnu ni représentation agréée. », CNCDH, Exclusion et droits de l'homme, Contribution du mouvement ATD Quart Monde, Doc. Fr., 1993, p. 518, cité dans La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français, Diane Roman, Recueil Dalloz 2013, p. 1911

alors, une discrimination « anti-pauvre » dont la perniciosité empêcherait les lois de lutte contre les exclusions de rendre les droits de l'homme effectifs ?

Cette reconnaissance est nécessaire pour lutter contre des stigmatisations ignorées du droit (I). Il est moins aisé, en revanche, d'affirmer que ce vingt-et-unième critère de discrimination rende plus opérant la lutte contre les exclusions (II).

I. Un ajout nécessaire à la lutte contre les discriminations

Le principe de légalité des délits et des peines imposant au législateur de n'ajouter dans la loi pénale que des incriminations strictement nécessaires, il convient de démontrer que les inégalités de traitement visées entrent dans le champ juridique des discriminations (A) et qu'elles ont pour conséquence une violation des traités internationaux garantissant les droits socio-économiques (B).

A. De l'inégalité de traitement à la discrimination

« Mais comment inscrire dans la loi française une notion aussi difficile à cerner ? Il faut en effet apporter la preuve que la situation sociale constitue, en soi, un facteur discriminant, au même titre que les critères habituellement retenus »[6]. En effet, il s'agit ici de démontrer que ce sont bien les pauvres en tant que pauvres qui sont victimes de traitements négatifs et que ce traitement n'est pas le fruit d'autres discriminations reconnues dans la loi[7]. Par ailleurs, la discrimination pour précarité sociale est difficilement palpable car il convient de la distinguer d'une « méfiance légitime » sur la solvabilité de celui qui requiert un bien ou un service. Or ici, c'est bel et bien de discrimination dont il est question.

A ce titre le mouvement ATD-Quart Monde a recensé un ensemble de situations de rejets et de stigmatisations allant des bailleurs qui refusent de signer des contrats de locations aux ménages en situation de très grande pauvreté au motif qu'il pourrait constituer une gêne pour le voisinage, et alors que les aides dont ils bénéficient couvrent entièrement le loyer, au maire du 16e arrondissement de Paris qui déclare le 18 février 2010, que construire un HLM à «proximité immédiate de l'ambassade de Russie, […] va poser des problèmes de sécurité évidents»[8].

---

6 - Laurent Grzybowski, Faut-il punir le racisme antipauvres ?, article publié le 14 octobre 2010 dans le magazine La Vie

7 - « Présentée comme une avancée majeure par ses promoteurs politiques de gauche, la reconnaissance publique des discriminations territoriales semble participer au contraire d'une réduction de l'espace propre – déjà singulièrement limité – de la lutte contre les discriminations raciales et ethniques », Thomas Kirszbaum, « La reconnaissance publique des discriminations territoriales : une avancée en trompe l'œil », À paraître in C. Hancock (dir.), Discriminations territoriales, usages et enjeux de la notion, L'Oeil d'or, 2015

8 - Cité dans le communiqué de presse du 28 septembre 2010, mouvement ATD-quart monde, Le racisme anti-pauvre bientôt poursuivie ? : http://www.atd-quartmonde.fr/?Le-Racisme-anti-pauvres-bientot ; voir aussi Commission

Il existe également des discriminations indirectes. C'est-à-dire le fait de, par une mesure apparemment neutre, désavantager une catégorie de personnes. La pénalisation récente de la mendicité et du glanage, apparemment neutre, réprime, en réalité, la pauvreté.

Enfin, et cela démontre parfaitement le cercle vicieux dans lequel sont enfermées les personnes vivant dans la grande précarité, il existe des discriminations systémiques. Ce sont des discriminations qui résultent de l'organisation de la société. Elles se révèlent dans l'insouciance de personnes morales de droit public et notamment de certaines collectivités territoriales pour le respect du droit au logement opposable[9] et du droit au logement digne. Elles se révèlent également dans l'inégalité des chances dont souffrent les enfants issus de la précarité, en milieu scolaire, et plus particulièrement dans la « médicalisation abusive » de l'orientation scolaire des enfants défavorisés[10]. Elle se révèle dans les statistiques de placement d'enfants issus de famille défavorisées[11].

Pour autant, la discrimination n'a d'existence qu'à travers les critères qui la composent, dans la loi et ne peut trouver de justification légitime. Elle se différencie en cela de l'inégalité de traitement. De là vient toute la difficulté éprouvée pour la définir abstraitement. En droit du travail, un traitement inégalitaire est légitime lorsque le critère de distinction retenu est objectif et pertinent au regard de la tâche confiée au salarié. Appliqué, plus généralement, à la notion de discrimination, certes le revenu est un critère objectif et pertinent lorsqu'une personne requiert un bien ou un service. En revanche, ne le sont pas, les préjugés attachés aux personnes dont les revenus sont faibles. Il n'est pas plus pertinent, ni objectif, d'associer la carence de ressources à des comportements asociaux, violents, alcoolique et à l'incapacité de s'autogérer. Au-delà de la violation du principe d'égalité, il y a bien discrimination des personnes en situation de précarité sociale[12].

---

nationale consultative des droits de l'homme, avis sur les discriminations fondées sur la précarité sociale, rendu en assemblée plénière le 26 septembre 2013

9 - Voir le Point sur les chiffres de l'année 2014 publiés le 5 mars 2015 par le ministère de l'égalité des territoires et du logement « la non- effectivité d'une partie du dispositif se retrouve au croisement de problèmes structurels (manque de logements sociaux, comme à Paris), de difficultés liées à l'image des personnes vivant en HLM (refus par certaines communes de respecter le quota de logements sociaux obligatoires ou encore pétitions anti-logements sociaux) ou à la pluralité des interlocuteurs (commission de médiation DALO, préfecture, bailleurs sociaux...) ou encore à l'intervention de plusieurs collectivités locales et territoriales (commune, département et région)

10 - Marie-Aleth Grard, rapport du Conseil Economique, Social et Environnemental « Une école de la réussite pour tous », largement voté, séance du 12 mai 2015, p.19, disponible sur www.lecese.fr

11 - « comme l'a rappelé le rapport Naves-Cathala (Doc. Fr. p. 28), 90% des parents des enfants placés vivent sous le seuil de pauvreté », D'HARCOURT Laurence et SCHAFFHAUSER Dominique, « La discrimination en raison de l'origine sociale », Le Droit social, l'égalité et les discriminations, Dalloz, 2013, p. 99

12 - JACKMAN Martha, « Constitutional Contact with Disparities in the world : Poverty as a prohibited ground of discrimination under the Canadian Charter and Human Right Law", 1994, p. 101 : « Justice McIntyre went on to suggest that distinctions based on characteristics attributed to an individual solely on the basis of his or her association with a

Au titre des arguments défavorables à cette proposition de loi, il a été dit que contrairement aux autres discriminations (sexe, race etc.), la précarité sociale ne s'attache pas à une caractéristique de l'individu mais à une situation susceptible d'évoluer. Or « Elle n'est d'ailleurs pas sans s'apparenter à une notion nouvellement entrée dans la réflexion juridique française : celle de vulnérabilité (…) Ainsi, des mesures prises pour la protection de la vulnérabilité économique et sociale visent, par exemple, depuis les années 1990, la lutte contre les atteintes à la dignité de la personne. ». A ce titre, doit être évoqué la discrimination fondée sur le handicap. Or la vulnérabilité doit être protégée en application du droit international (B).

B. La violation conséquente des traités internationaux

De fait, les discriminations ont pour effet de violer le droit à l'éducation, le droit au logement, le droit à la santé, et il est du devoir des Etats, dès lors qu'elles sont avérées, de lutter contre, en vertu du principe d'égalité devant la loi et du droit à la dignité. L'article 14 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit les discriminations tout en mettant cet impératif en lien avec la protection des droits et libertés fondamentales. Il est intéressant de noter également qu'il y est fait référence à « la fortune » et à « l'origine sociale » en tant que critères discriminants[13].

Dès lors qu'elles sont systémiques, elles ont également pour effet d'entraver la législation nationale visant à protéger les populations défavorisées contre la violation de leurs droits fondamentaux[14]. En effet, les stigmatisations autour de la précarité deviennent de plus en plus criantes dès lors que les causes du manque d'effectivité des droits fondamentaux sont recherchées. A titre d'exemple, a été modifié l'article L. 1110-3 du code de la santé publique en 2009, ajoutant aux motifs discriminatoires du refus de soins par les professionnels de santé, le fait d'être bénéficiaire de la Couverture

group, will almost always be discriminatory"

13 - Voir Damian Killeen, « Is poverty in the UK a denial of people's human rights », Joseph Rowntree fondation, 2008

14 - « La lutte contre la pauvreté et les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains », article L115-1 du code de l'action sociale et des familles ; «La discrimination est à la fois une cause et une conséquence de la pauvreté. (…) Les personnes vivant dans la pauvreté se heurtent également à des comportements discriminatoires et à la stigmatisation de la part des autorités publiques et d'acteurs privés, et ce, du seul fait qu'ils sont pauvres. (…) les personnes vivant dans la pauvreté ont le droit d'être protégées contre les stigmatisations associées à ce phénomène. Les Etats doivent interdire aux administrations publiques, qu'elles soient nationales ou locales, de stigmatiser les personnes vivant dans la pauvreté » Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, présentés par a rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, M. Sepùlveda Carmona, le 18 juill. 2012 (A/HRC/21/39) et adoptés par consensus le 27 sept., 2012 par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU, cité dans La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français, Diane Roman, Recueil Dalloz 2013, p. 1911

Médicale Universelle. Il est utile de citer également la loi du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, ajoutant aux critères discriminants, le lieu de résidence.

Il a été démontré par plusieurs auteurs que cet esprit généralisé, le statut « d'assisté » ou de « fraudeur » auquel il est fait parfois fait référence, déniant ainsi toute responsabilité collective de la pauvreté, a pour conséquence un grand nombre de non-recours aux droits (50% de non recours au RSA en moyenne, 29% de non-recours à la CMU-C)[15]. Outre le sentiment de honte, la méfiance généralisée à l'égard des pauvres a pour conséquence des procédures volontairement difficiles à mettre en œuvre pour avoir accès aux droits et l'arrêt brutal des versements à la moindre complication. Il semblerait presque que les pouvoirs publics fassent pression sur les travailleurs sociaux pour ne pas les reconnaître.

Il reste cependant, que les textes de loi semblent s'ajouter les uns aux autres sans jamais réellement palier les exclusions sociales. De sorte qu'il est permis de se demander si une telle loi n'aura d'autre effet que d'ouvrir un recours aux quelques personnes capables de prouver ces discriminations et en mesure de saisir le juge, mais ne restera pas lettre morte pour les populations concernées. Il est encore permis de se demander si l'arsenal juridique mis en place ne devrait pas être suffisant à rendre effectifs les droits sociaux à condition que les pouvoirs publiques l'intègrent finalement dans leurs actions politiques[16].

II. La recherche de l'effectivité des droits par la lutte contre les discriminations

Au regard des stigmatisations visées, il semble néanmoins que la reconnaissance de cette discrimination puisse faire évoluer l'effectivité des droits sociaux et économiques (A) sans pour autant bouleverser l'impact de la législation sur les discriminations dans monde judiciaire (B).

A. Les retombées sur l'effectivité des droits sociaux et économiques

Pour Diane Roman, « il convient, à cet égard, de séparer les questions liées à la discrimination fondée sur la condition et celles relatives à l'effectivité des droits sociaux. La lutte contre la pauvreté suppose, en effet, une mise en œuvre pérenne des droits sociaux garantis notamment par la Consti-

15 - Sarrot JC, Tardieu B., Zimmer MF, « En finir avec les idées fausses sur les pauvres et la pauvreté », Paris, Éd. Quart Monde/Éd. de l'Atelier, 2015

16 - MACKAY Wayne et KIM Natasha, « L'ajout de la condition sociale à la loi canadienne sur les droits de la personne », rapport déposé à la Commission canadienne des droits de la personne, février 2009 : « L'ajout d'une protection contre la discrimination fondée sur la condition sociale est cependant une mesure qui peut être mise en œuvre à court terme pour respecter nos engagements internationaux et régler la question des désavantages socioéconomiques jusqu'à ce que d'autres études soient réalisées sur l'incorporation de droits économiques et sociaux positifs dans le régime juridique canadien. »

tution (…) et les traités internationaux ».

Cependant, il ne faut pas ignorer la valeur éducative de la loi. Pour Pierre-Yve Madignier, président du mouvement ATD Quart Monde, il s'agit « de permettre à un enfant qui se fait traiter de « cas soc' » dans une cour de récréation de savoir que de tels propos sont réprouvés ». Il peut arriver, également, que la loi s'inscrive dans les mœurs. En exerçant une influence sur l'opinion publique et en s'incorporant dans l'esprit législatif cette reconnaissance pourrait avoir un effet sur les politiques publiques. Le fond du problème étant que la pauvreté et l'état de vulnérabilité qui en découle, sont tous deux niés, à la fois par les médias, l'opinion ambiante et les pouvoirs publics[17], une prise de conscience serait souhaitable. Par ailleurs, la honte et le rejet dans lequel les populations les plus pauvres vivent, les empêche de s'organiser politiquement et d'appeler l'attention des décideurs publics[18].

Il ne faut pas, cependant, que « le développement actuel du droit de l'anti-discrimination n'éclipse peu à peu la lutte contre les inégalités »[19]. A propos de la discrimination en raison du lieu de résidence, il avait été dit que « La discrimination est une classification dangereuse qui victimise. Le mot discrimination est terrible. Aujourd'hui on est tatoués à la Courneuve. Il vaut mieux parler d'inégalités »[20].

Il ne semble pas, en revanche, que cette disposition puisse avoir pour effet de judiciariser la société. Les personnes concernées par cette loi ne sont pas « des acharnées des tribunaux »[21]. Il ne s'agit donc pas d'utiliser l'armature juridique de lutte contre les discriminations pour ramener dans la sphère du juge la protection contre les exclusions (B).

B. La protection judiciaire des stigmatisations

Une analyse a posteriori du dispositif inséré dans l'article L. 1110-3 du code de la santé publique, est susceptible de nous éclairer. Alors que le nombre de refus de soins reste important, très

17 - Il est intéressant de noter qu'il n'existe pas dans la langue française de mot répondant à cette discrimination comme il en existe chez les anglophones « povertyism » ; Sur le même registre, la France a refusé de ratifier le protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, portant sur l'interdiction des discriminations et mentionnant la discrimination à raison de « la fortune ».

18 - JACKMAN Martha, « Constitutional Contact with Disparities in the world : Poverty as a prohibited ground of discrimination under the Canadian Charter and Human Right Law", 1994

19 - SEHILI Djaouida, « La pauvreté, une discrimination non identifiée », Libération, 25 mai 2015

20 - Cité dans Thomas Kirszbaum, « La reconnaissance publique des discriminations territoriales : une avancée en trompe l'œil », À paraître in C. Hancock (dir.), Discriminations territoriales, usages et enjeux de la notion, L'Oeil d'or, 2015

21 - Préface Pierre-Yves Madignier, « Livre blanc, Discrimination et pauvreté », étude menée par ATD Quart Monde France, l'Institut de recherche et de formation aux relations humaines, ISM Corum

peu de plaintes ont été déposées[22]. Bien qu'elle n'en soit pas la seule cause, la difficulté de rapporter la preuve des discriminations doit être évoquée à ce sujet.

« Ces eaux sont troubles notamment parce qu'il est difficile de définir la condition sociale de manière suffisamment large pour qu'elle protège réellement les personnes qui en ont besoin et, en même temps, de manière suffisamment étroite pour qu'elle s'insère dans le régime actuel des droits de la personne sur les plans législatif, administratif et judiciaire »[23]. L'exemple québécois, en la matière, est très intéressant. En effet, le critère de discrimination pour « condition sociale » est beaucoup plus large que celui pour « précarité sociale ». Elle permet à la fois d'englober une dimension objective quant à la source de revenus, la profession ou le niveau d'instruction, et une dimension subjective concernant la valeur attribuée à une personne selon les préjugés sociaux et stéréotypes. Cette dernière partie de la définition permet de ne pas prendre en compte dans le champ de la protection des discriminations les personnes dont les revenus sont élevés[24]. En effet, doit être évité l'écueil dans lequel la loi protégerait des personnes qui n'étaient pas visées à l'origine. C'est pourquoi, la proposition de loi récemment déposée au sénat utilise les termes de « précarité sociale ». Selon le Rapport sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme adopté par la Sous-commission des droits de l'homme à Genève en 1996, « La précarité est l'absence d'une ou plusieurs des sécurités, notamment celle de l'emploi, permettant aux personnes et familles d'assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales, et de jouir de leurs droits fondamentaux. L'insécurité qui en résulte peut être plus ou moins étendue et avoir des conséquences plus ou moins graves et définitives. »[25]. Cependant les termes « précarité sociale » demeurent très techniques et ne semblent pas prendre en compte les préjugés attachés à celle-ci mais simplement l'ensemble de la situation à la fois économique, juridique et sociale des personnes concernées.

Mathilde Brouzes
Diplômée du Master 1 Droit social - Université Paris Sud 11
COMUE Paris - Saclay

22 - « Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME », Rapport remis au Premier ministre par le Défenseur des Droits, mars 2014, p. 26

23 - Diane Roman, « La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français », Recueil Dalloz, 2013, p. 1911

24 - *Ibidem*

25 - Rapport sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme adopté par la Sous-commission des droits de l'homme à Genève en 1996 : E/CN.4/Sub.2/1996/13 Annexe II, cité dans « Livre blanc, Discrimination et pauvreté », étude menée par ATD Quart Monde France, l'Institut de recherche et de formation aux relations humaines, ISM Corum

Le droit d'accès à internet, domptons le serpent de mer

« Internet sera à l'économie du 21ème siècle ce que l'essence fut au 20ème siècle ». L'image de Craig Barret, ancien président d'Intel, traduit bien l'omniprésence d'internet dans la société contemporaine. Ce « réseau des réseaux » (« network of networks »), fruit à la fois de développements technologiques et du regroupement d'infrastructures réseau existantes, ainsi que de systèmes de télécommunications, est maintenant partout. De plus en plus, l'accès à internet devient incontournable, surtout face à la propagation des procédures informatisées. Comme toute révolution, la « révolution technologique »[1] a eu sa part de « laissés-pour-compte ». Laurent Laplante, essayiste québécois résume bien cette idée: « si, en effet, internet a beaucoup à offrir à qui sait ce qu'il cherche, le même internet est tout aussi capable de compléter l'abrutissement de ceux et celles qui y naviguent sans boussole. » La dématérialisation, initialement pensée dans un but de simplification et d'accessibilité, a pour effet indésirable d'exclure tout un pan de la population. Alors que le service public devrait être le lieu du respect de l'accessibilité par excellence, en réalité, force est de constater que nombre de procédures sont exclusivement informatiques.

Les États-Unis furent le premier théâtre de prise en compte des enjeux d'accès à internet. La cour suprême s'empara de cette problématique dans un arrêt Reno, Attorney general of the United States vs American Civil Liberties Union (ACLU) du 26 juin 1997. Des dispositions sanctionnaient pénalement la diffusion sur internet à des mineurs de contenus à caractère sexuel. La cour considéra que ces dispositions, trop générales et absolues, portaient atteinte au droit constitutionnel des adultes à lire et émettre ces contenus supprimés. Tout en justifiant sa décision par la protection de la liberté d'expression, elle évoqua la nécessité d'assurer à internet une « protection complète au titre du premier amendement ». En France, le droit d'accès à internet est un véritable « serpent de mer », cible de débats réguliers et à la valeur insaisissable.

En préliminaire de l'analyse d'un droit, l'on se doit de le définir et d'en délimiter les contours. En l'espèce, la confusion entre « droit à l'internet » et « droit d'accès à internet » est un écueil à éviter soigneusement. Le « droit à l'internet » se définit comme conduisant à envisager que « tout citoyen peut et doit bénéficier, s'il le souhaite, d'une connexion lui permettant d'accéder au web. »[2]. Définit comme tel, ce droit parait imposer une connexion personnelle et disponible à domicile. Plus limitatif, le « droit d'accès à internet » concerne la simple possibilité de se connecter. Spontanément, la référence au droit d'accès à internet fait penser au volet matériel de cet accès. En réalité, cette notion est duale et recouvre tout autant la mise en œuvre de l'accès à un réseau que celle de l'accès à un contenu.

1 - Burgorgue-Larsen L., Les nouvelles technologies, Pouvoirs, 2009, p. 65.

2 - M. Bardin, Le droit d'accès à internet : entre « choix de société » et protection des droits existants, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2013, 91

La question de l'accès concret à un réseau est liée à la problématique de la fracture numérique. Si le recouvrement territorial peut apparaitre comme le nœud gordien du problème, l'idée d'un fossé géographique lourd et d'importantes disparités entre les zones urbaines et rurales est battue en brèche notamment par le Centre d'analyse stratégique (CAS)[3]. Ainsi, au-delà de la question de couverture territoriale des réseaux, la partie immergée de l'iceberg se compose, selon le CAS, d' « un fossé générationnel, laissant les personnes âgées en marge de nouvelles technologies; un fossé social qui exclut les plus démunis; et un fossé culturel, qui prive les moins instruits des opportunités de l'outil informatique ». Si la loi du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique en France prévoit le déploiement de réseaux de très haut débit dans toute la France, cela restera insuffisant tant que des parts de la population ne disposeront pas des équipements et de la formation nécessaires à leur utilisation.
Concernant la liberté et la neutralité du contenu, pour « l'internet du futur », la crainte est que les opérateurs puissent aménager, contre rémunération, des voies prioritaires permettant une qualité de service supérieure à l'internet classique. En effet, la « neutralité du net », défendue par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, correspond au principe d'égalité des utilisateurs appliqué aux réseaux. Le mouvement actuel d'ouverture des données numériques ou « open data » pilotée par la mission Etalab ou encore la création de licences pour accéder aux œuvres gratuitement comme « Creative Commons » vont dans le sens de la liberté du contenu et de son accès.

Toutefois, pour pouvoir affirmer que le numérique et ses évolutions subséquentes ont été un véritable progrès, ne faut-il pas y ajouter une pierre d'achoppement ultime consistant en un véritable droit fondamental d'accès à internet?

Si le droit d'accès à internet bénéficie d'une protection certaine, la question de sa valeur est débattue (I). Les évolutions récentes de son cadre juridique font espérer son affermissement (II).

I/ Vers une reconnaissance en « matriochkas » d'un droit fondamental d'accès à internet, entre controverses doctrinales et arlésienne juridique

Les questions de protection et de valeur du droit d'accès à internet ont fait l'objet de riches débats qui touchèrent de multiples « scènes » juridiques. Louis Favoreu, tenant d'une conception organique des droits fondamentaux[4], retient trois critères de détermination des droits fondamentaux:

3 - Rapport du Centre d'analyse stratégique de 2011 sur le fossé numérique

4 - L. Favoreu, Droit de la Constitution et constitution du droit, Rev. fr. dr. const. 1990, p. 71 et ss., spéc. pp. 81-82 ; Universalité des droits fondamentaux et diversité culturelle, in « L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone», colloque international de l'île Maurice 29 septembre-1er octobre 1993, AUPELF/UREF 1994, p. 48 ; V. aussi, J.-J. Israël, Droit des libertés fondamentales, LGDJ, 1998, p. 35.

- une protection contre le pouvoir exécutif, mais également contre le pouvoir législatif.
- une protection apportée par la loi mais également et surtout par la Constitution et des textes internationaux et supra-nationaux.
- une protection assurée non seulement par les juges ordinaires, mais également par un juge au niveau constitutionnel et international.

Au niveau international, ledit droit bénéficie d'un début de reconnaissance par le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies via le respect de « droits en ligne ». Ce dernier a adopté, le 29 juin 2012, un projet de résolution relatif à la promotion, la protection, et l'exercice des droits de l'Homme sur internet. Il y affirme que « les droits dont les personnes jouissent hors ligne doivent également être protégés en ligne, en particulier le droit de toute personne à la liberté d'expression. » Cette allusion concernerait plutôt le phénomène d'accès à un contenu plutôt qu'à un réseau.

Au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est également emparée de cette question dans un arrêt du 18 décembre 2012[5]. En rappelant l'importance des sites internet pour la liberté d'expression, elle intègre la liberté d'accéder à internet comme composante de la liberté d'expression et sanctionne donc les atteintes disproportionnées au droit d'accès à internet notamment lorsqu'une autre solution existe.

Au niveau communautaire, une recommandation du Parlement européen du 26 mars 2009[6] rappelle au Conseil de l'Union européenne les grandes lignes de la protection à garantir au droit d'accès à internet. Cette recommandation relative aux libertés fondamentales sur internet fixe le cadre de la protection à assurer.

Au niveau national, les débats sur ce droit ont émergé avec les lois Hadopi dotant le juge d'un pouvoir de suspension de l'accès à internet en cas de négligence caractérisée (Cf. II). Le Conseil constitutionnel, se prononçant sur cette loi, considéra que la liberté d'expression et de communication, droit fondamental, impliquait le droit d'accès à internet.

Certains auteurs ont considéré, dès cette décision, que ce droit était devenu un droit fondamental. « Protéger l'accès à internet comme nouveau droit fondamental? Le Conseil constitutionnel a tranché, c'est oui. » écrivait alors Laure Martino[7]. Au-delà des apparences, la décision du juge constitutionnel ne consiste pas en une véritable consécration du droit à internet comme nouveau droit fondamental mais plutôt du droit à internet comme composante de la liberté de communication. L'imbrication du droit d'accès à internet dans un jeu de « poupées russes »[8] dont elle est un élément

5 - CEDH,12 décembre 2012, Ahmet Yildirim contre Turquie

6 - Recommandation 2008/2160 (INI) du parlement européen à l'intention du Conseil sur le renforcement de la sécurité et des libertés fondamentales sur internet

7 - L. Martino, Le droit d'accès à internet comme nouveau droit fondamental, Recueil Dalloz, 2009, p.2045

8 - *ibid*

inférieur, lui apporte une protection en « vases communicants ». A ce propos, Michel Verpeaux parle de la liberté de communication comme d'une « liberté cadre »[9]. Il est cependant indéniable que le droit internet, non comme droit fondamental à part entière mais comme « composante de la liberté de communication »[10], est reconnu et protégé constitutionnellement.

Au regard de ces éléments, il est incontestable que le droit d'accès à internet est un droit protégé mais dont la « fondamentalité » reste à affirmer. Manifestement, la consécration constitutionnelle du droit d'accès à internet est donc « l'arlésienne », « le chainon manquant », à la finition de son processus de « fondamentalisation ».

Si le juge constitutionnel n'a pas donné le clap de fin au débat sur la valeur de ce droit, il n'a pas pour autant sonné le glas du droit d'accès à internet comme nouveau droit fondamental. Au contraire, l'étude annuelle du Conseil d'Etat du 9 septembre 2014 « Le numérique et les droits fondamentaux », ouvre la voie vers une fondamentalité de ce droit, n'hésitant pas à titrer « le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », et participe au lent crescendo vers la reconnaissance d'un droit fondamental d'accès à internet.

II/ Le droit d'accès à internet, un fer de lance libertaire

La valeur du droit d'accès à internet se traduit notamment par la réduction de ses obstacles. L'évolution de la protection du droit d'auteur est symptomatique de l'accroissement de sa prise en compte.

En juin 2009, « la loi Hadopi 1 » était adoptée afin de protéger les droits d'auteur et de lutter contre la « piraterie numérique ». Se fondant sur le fait que les œuvres artistiques « ne sont pas des marchandises comme les autres »[11], elle interdisait l'utilisation d'un accès internet à des fins illégales (notamment par le biais du téléchargement). Au bout de la chaine des sanctions, le non-respect des obligations énoncées aboutissait à une suspension de l'accès à internet. Les sages de la rue de Montpensier censurèrent alors cette suspension limitant de manière disproportionnée la liberté de communication des internautes suspectés[12]. Ainsi, le droit d'accès à internet, du fait de son rôle essentiel pour la liberté de communication, fut protégé par le Conseil constitutionnel. La fin de l'épisode

9 - M. Verpeaux, La liberté de communication avant tout. La censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel, JCP G 2009, n° 39, p. 50.

10 - B. Ridard La nécessité d'un retour aux fondamentaux, La protection constitutionnelle du droit d'accès à internet et le droit d'auteur, RLDI, déc. 2011, n°77

11 - D. Olivennes, précité, p. 55-56.

12 - Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, JO 13 juin 2009, p. 9675.

eut lieu lors de la suppression de la « peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication public en ligne » par un décret du 8 juillet 2013[13]. Cette sanction ultime survivante disparait alors définitivement. La ministre de la culture et de la communication, Aurélie Filippetti, avait annoncé cette mesure lors de la remise du rapport Lescure, le 3 mai 2013 en la déclarant « essentielle car elle met fin à une sanction totalement inadaptée dans le monde qui est le nôtre ». Cette prise de position traduit clairement que dans la pensée politique actuelle, la tendance est à l'accroissement de la valeur du droit d'accès à internet et à la fin de « l'entre deux chaises » préexistant.

S'ajoute à cela le remplacement de la coupure d'accès à internet par une « peine d'amende contraventionnelle de cinquième classe […] soumise à la décision d'un juge judiciaire » et non administratif. La ministre se justifie par l'argument qu'il serait le seul à « avoir la latitude de juger de la pertinence et du montant ». Cependant, force est de constater que ce choix peut également « apporter une pierre à l'édifice » de la fondamentalité du droit d'accès à internet. En effet, le choix du juge judiciaire, « protecteur des libertés fondamentales », pour encadrer les sanctions des abus de l'accès à internet est loin de paraitre anodin.

La directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, composante du « troisième paquet télécoms », s'inscrit dans un mouvement similaire. Selon cette dernière, « les mesures prises par les Etats membres concernant l'accès des utilisateurs finals aux services et leurs applications, et leur utilisation, via les réseaux de communications électroniques respectent les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les principes généraux du droit communautaire ». Par suite, le principe de présomption d'innocence doit être pleinement respecté et les utilisateurs risquant une restriction de leur accès au réseau doivent bénéficier d'une procédure « préalable, équitable et impartiale ». Enfin, ce texte reprend l'idée que l'accès à internet est un droit fondamental.

Cette tendance mimétique des deux niveaux juridiques mène à penser que le « Rubicon » est plus que jamais sur le point d'être franchi en matière de fondamentalité du droit d'accès à internet.

Au regard de ces éléments d'analyse et alors que le contexte actuel est à l'expansion de la dématérialisation, il parait impératif de ne pas rester « au milieu du gué » en matière d'accès à internet et de préparer les conditions et moyens pratiques nécessaires à une consécration juridique d'un principe fondamental œuvrant pour la généralisation de l'accès à internet. Il est à noter que le régulateur américain des télécommunications, la Federal Communications Commission (FCC) a décidé, jeudi

13 - D. n°2013-596 8 juill. 2013, JO 9 juill. p.11428

26 février 2015, que l'Internet américain devait désormais être considéré comme un « bien public », au même titre que le service téléphonique. Il consacre ainsi le principe de la « neutralité du net » sur le territoire américain. Cela signifie que tous les utilisateurs, du simple citoyen au « géant » du net, doivent pouvoir accéder et diffuser de la même manière des informations sur la toile. Espérons que l'Europe et la France sauront résister au lobbying des opérateurs de télécommunications et s'en inspirer.

Baptiste JALLAUD
Administrateur - Responsable du pôle Cohésion de l'AEP-FJM,
Etudiant du Master 2 Administration et Politiques publiques (Parcours Professionnel) - Université Paris 2 Panthéon-Assas

La place des femmes dans l'espace public

La place de la femme dans l'espace public est une question qui revêt une importance de plus en plus accrue. La femme fut, de tout temps, une victime systématique pour assoir une certaine domination masculine : elle n'avait pas le droit de vote, ni le droit d'accéder à certaines fonctions, elle fut bien souvent réduite à sa capacité d'enfanter. Sa place au sein de l'espace public était considérée comme inférieure et totalement dépendante de celle de l'homme. Ainsi, dans des sociétés sous un joug presque exclusivement masculin, les systèmes juridiques étaient constamment à la faveur des hommes et au désavantage féminin. Traditionnellement, la femme a connu une forte répression, tant sexuelle que morale ou politique, en vertu du fait qu'elle portait la vie. Son lien de filiation avec l'enfant a toujours été sûr, en revanche celui du père l'était moins. Dès lors, pour garantir le droit des pères, il a fallu supprimer celui des mères. Les femmes n'avaient déjà en privé qu'un statut de subalterne, leur place au sein de la place publique n'était a fortiori pas plus avantageuse. Il faut rappeler toutefois que ces pratiques sont actuellement encore à l'œuvre dans certaines régions du monde. Mais depuis quelques décennies, des femmes, comme des hommes, ont souhaité faire évoluer les mentalités. Ainsi, des mouvements féministes ont élevé leurs voix au profit de l'acquisition d'une égalité entre hommes et femmes, voire, tout simplement, de droits concrets en faveur de ces dernières. Et en effet, une question se pose : sur quelle base la femme n'aurait-elle pas le droit d'accéder à une parfaite égalité avec les hommes?

Même si la femme, notamment en France, a vu sa condition s'améliorer grandement, le combat pour l'égalité est encore loin d'être achevé. Récemment, un sondage révélé par l'étude faite au profit d'un avis sur le harcèlement sexiste et les violences sexuelles dans les transports en commun démontre que 100% des femmes avaient déjà été victimes de harcèlements sexistes ou d'agressions sexuelles dans lesdits transports (résultats des consultations menées par le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes). Ces agressions au sein des lieux publics sont un problème universel que toute femme rencontre. Le problème semble donc profondément ancré, même dans des pays dit «évolués» : le sexisme, la domination masculine et l'idée que le corps féminin renvoie à une sexualité systématique placent les femmes dans une position de faiblesse et d'insécurité, ce malgré elles. Il appartient donc aux mentalités d'évoluer, non seulement la vision que les hommes et la société ont des femmes, mais aussi la vision que les femmes ont de leur féminité. Et cette évolution s'accompagne forcément de la compréhension de cette altérité complexe qu'est la femme. Plus que la place des femmes dans l'espace public, la question de l'appropriation de leur propre féminité et de l'identité féminine est sous-jacente à toutes ces problématiques, tant la condition féminine connaît un bouleversement de ses codes sans précédent, et ce dans de nombreuses régions du monde. L'étude que je propose ici se veut bien sûr non exhaustive, tant le sujet est complexe, mais il abordera le thème de la féminité d'un point de vue d'anthropologie juridique mais aussi philosophique. Ainsi, Norbert Rouland définissait l'anthropologie juridique dans son ouvrage du même nom de la manière suivante «discipline qui, par l'analyse des discours (oraux ou écrits), pratiques et représen-

tations, étudie le processus de juridicisation propres à chaque société, et s'attache à découvrir les logiques qui les commandent». Le champ d'étude se veut donc très vaste, transfrontalier. En outre, la définition de l'espace public sera pris dans cet article sous ses deux aspects. D'une part, l'affaire «Gîte des Vosges» du Conseil d'Etat ainsi que la «Loi burqa» du 11 octobre 2010 définissent l'espace public comme étant les «voies publiques et lieux ouverts au public ou affectés à un service public». Le domaine d'étude est, là aussi, plutôt large. D'autre part, l'espace public peut s'entendre aussi comme étant la sphère publique, donc l'Etat, les pouvoirs publics locaux, les services publics. Enfin, l'espace public peut aussi se comprendre sous l'angle de la société civile, qui implique le domaine des libertés publiques et privées dans le cadre de l'ordre public défini par la loi. Il conviendra d'envisager dans un premier temps comment la féminité fut une donnée longtemps bafouée au sein de la société[1] puis comment une logique de protection et de défense de cette dernière s'est mise et se met en place[2] et enfin le but ultime de toutes les revendications féminines : l'égalité entre hommes et femmes[3].

1. Une féminité longtemps bafouée

Le simple fait d'être de sexe féminin est cause de discrimination. Exemple célèbre, celui de l'Arabie Saoudite, pays interdisant aux femmes la conduite d'une voiture. Si aucune loi n'interdit aux femmes de conduire en Arabie Saoudite, des coutumes ancestrales perpétuées par un clergé obscurantiste et radical très proche du régime, le Wahhabisme, refusent de laisser les femmes prendre le volant[1]. En outre, et toujours en vertu du courant précédemment cité, « elles n'ont pas non plus le droit de marcher dans la rue, [...] ou de quitter le pays sans l'accord d'un tuteur légal» (1), lequel tuteur doit évidemment être de sexe masculin. Ainsi, la femme dépend entièrement de l'homme et sa féminité ne lui appartient pas au sein même de l'espace public. Mais sur quels fondements la féminité est ainsi réduite à un statut si médiocre?

Historiquement, si l'on se réfère à l'Ancien Testament, lequel a tenté de déterminer les origines du monde et de la condition humaine, Eve est la tentatrice qui a plongé l'humanité dans l'errance et a prêté aux femmes certaines caractéristiques. C'est ainsi à cause du fruit qu'elle a croqué que les femmes se voient désignées comme étant des «tentatrices, provocantes, séductrices, curieuses, frivoles, [...] sans tête sur les épaules, impures, dangereuses pour la vocation des hommes, faibles, impuissantes, [...] trop émotives, irrationnelles, [...] que tout se passe mal dans le foyer si la femme ne remplit pas le rôle qui lui est assignée»[2]. En revanche, et comme le souligne Soeur Lise Plante «si on a le tour avec elle, elles peuvent facilement devenir obéissantes, douces, serviables, patientes, [...]»[2.] De manière générale, la situation féminine biblique était largement régie par le patriarcat et la femme dans la société hébraïque n'avait qu'un statut de subalterne. Sur le plan juridique, «la femme était

1 - http://www.courrierinternational.com/article/2011/07/07/saoudiennes-au-volant-wahhabites-dans-le-tourment

2 - ssccjm.org

3 - Fascime et féminisme latin. Italie, 1922-1945, Victoria de Grazia - Genèse 5, 1991, volume 5, p.109

considérée comme une mineure : son témoignage n'était pas reçu devant les tribunaux, elle recevait son mari de la main d'un père, il disposait des biens de sa femme, [...]»[2]. La condition féminine a donc été très longtemps une tare plutôt qu'une qualité, et ce seulement en vertu de son sexe. Les femmes n'existaient pas dans l'espace public et son statut dans la sphère privée ne valait guère mieux. Ces héritages ancestraux, religieux et moraux semblent avoir encore beaucoup d'influence dans l'inconscient collectif, tant l'acquisition de droits féminins a été difficile.

Les femmes votent pour la première fois en France le 21 avril 1945, au prix d'un combat acharné. Et là encore, sur quels critères la voix des femmes n'avait aucune importance au sein de la sphère publique? La réponse semble être encore une fois son sexe et toutes les caractéristiques qui sont supposées lui être attaché. D'ailleurs, Benito Mussolini en 1931 exprimait son point de vue sur le droit de vote des femmes «la femme doit obéir [...] Mon opinion quant à son rôle dans l'Etat s'oppose à tous les féminismes. Naturellement elle ne doit pas être esclave. Mais si je lui concédais le droit de vote, on se moquerait de moi. Dans notre Etat, elle ne doit pas compter»[3]. Si cette vision de la prise de décision féminine émanait d'un dictateur fasciste, les raisons de la privation du droit de vote pour les femmes dans d'autres régions du monde ne devaient pas en être très éloignées, eu égard au rôle traditionnel dévolu à ces dernières.

Ayaan Hirsi Ali, figure de la lutte pour un «islam des Lumières», née en Somalie puis élue au Parlement néerlandais en janvier 2003, raconte dans son livre autobiographique «Ma vie rebelle» que «A Aden [ville et capitale de facto du Yémen], ma mère, n'ayant ni père ni frère pour la protéger, était dévisagée et harcelée par les hommes dans la rue.»[4]. Harcèlement qui l'a conduite à porter un voile. Ainsi, de tout temps, dans la grande majorité du monde, la femme n'a jamais été indépendante, sa condition et sa survie dans l'espace public dépendant uniquement d'une autorité supérieure : celle de l'homme. Celui-là même qui lui rend l'espace public hostile.

Le plus grand mystère reste de savoir pourquoi les femmes ont été des victimes idéales, sans cesse tenues dans un rapport contradictoire, entre fascination et dégoût, besoin et mépris, attirance et rejet, au sein des sociétés largement gouvernées par les hommes. En effet, la condition féminine, son rôle au sein de la société, s'il est encore besoin de démonstration, se sont construits uniquement en rapport avec l'image que l'homme avait de l'identité féminine. Cette vision continue de se répandre, même dans la sphère publique la plus absolue : l'Assemblée Nationale. En effet, le 17 juillet 2012, Cecile Duflot, alors ministre de l'Egalité des territoires et du logement, vient s'exprimer dans l'hémicycle vêtue d'une robe, vêtement typiquement féminin et fut huée, chahutée[5]. Cette réaction violente face à la féminité fut surprenante, voire même inquiétante, surtout dans le pays des libertés. Parce qu'une femme, de surcroît occupant des hautes fonctions, est «féminine», la réaction des hommes est humiliante.

En outre, le statut des femmes yézidies, rendues esclaves par l'Etat islamique, reste préoccu-

4 - Ma vie rebelle, Nil Editions, 2006, Ayaan Hirsi Ali, p.27

5 - https://www.youtube.com/watch?v=BAG1MrLtAEs

pante. L'Etat islamique justifie «la restauration de l'esclavage avant l'heure» et les crimes perpétrés contre les femmes en s'appuyant sur la charia, la loi islamique. Ainsi, selon un document, «Il est permis d'acheter, de vendre ou de donner en cadeau des femmes captives et des esclaves, car elles ne sont qu'une propriété, dont on peut disposer à volonté.... Il est permis d'avoir des relations sexuelles avec la femme esclave qui n'a pas encore atteint la puberté si elle est physiquement prête pour ces rapports; toutefois si elle n'est pas prête, il est suffisant de jouir d'elle sans rapports sexuels.... Il est permis de battre la femme esclave en guise [de] darb ta'deeb [châtiment disciplinaire].»[6]. Une femme ainsi trouvée dans l'espace public peut être réduite à l'esclavage, non seulement parce qu'elle est femme et donc qu'elle ne dispose pas d'elle-même, mais aussi en raison de son ethnie.

Ainsi, au sein de la société, la position de femme a toujours été très complexe, comprimée par le droit, la coutume, la religion, les pratiques sociales. Le simple fait d'être née femme les rendait inaptes à être responsables d'elles-mêmes et autonomes, à l'inverse des hommes, quelque soit les régions du monde, et leur position au sein de l'espace public a longtemps été et reste encore par certains aspects inexistante, dangereuse et fragile. Dans des sociétés largement régies par les hommes, la femme n'a eu qu'une place moindre, position assise par les traditions, la religion et la société. Néanmoins, les mentalités évoluent, et surtout les femmes se sont emparées de leurs droits, envahissant les espaces dont elles étaient exclues. Leur féminité devient progressivement protégée et défendue.

2. Une logique de protection et de défense de la féminité

Au sein même de l'espace public, des coutumes se sont mises en place afin de protéger les femmes d'éventuelles attaques masculines. Ainsi, Ayaan Hirsi Ali raconte l'anecdote suivante ; si une fille se retrouvait face à un homme inconnu, cette dernière étant une proie facile, elle se devait d'invoquer à trois reprises la grâce d'Allah devant l'étranger pour qu'il la laisse tranquille «être violée [étant] bien pire que la mort, car cela ternissait l'honneur de toute la famille»[7]. Si l'invocation n'avait aucun effet, une technique de défense était alors appliquée, appelée qworegoys, consistant à «contourner l'homme, s'accroupir, passer la main entre ses jambes, sous son sarong, pour lui tirer violemment les testicules»[7]. Cette ruse se transmettait de mère en fille, avec cette conscience que la féminité les mettait en danger au sein d'un espace qui leur était hostile.

Si cette technique peut paraître difficile à mettre en pratique et inadaptée dans certaines circonstances, des armes juridiques écrites tendent à se développer dans ce sens. Le harcèlement dont sont victimes les femmes au sein des transports publics est au coeur de l'actualité française. En effet, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes a rendu un «avis sur le harcèlement

6 - http://www.hrw.org/fr/news/2015/04/15/irak-des-ex-captives-de-letat-islamique-decrivent-une-politique-de-viols-systematiqu

7 - Ma vie rebelle, Nil Editions, 2006, Ayaan Hirsi Ali, p.24

sexiste et les violences sexuelles dans les transports en commun'»[8] auprès du Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes le 28 janvier 2015, avis dans lequel une synthèse des différentes agressions était exposée ainsi que des mesures afin de les éradiquer. L'avis met en avant le fait qu'il faille «reconnaître le caractère universel du phénomène de harcèlement sexiste et de violences sexuelles dans l'espace public, non réductible à un profil type d'homme, de lieux ou de territoires»[9]. La preuve en est que tous les hommes, consciemment ou non, peuvent adopter des comportements sexistes, dans n'importe quel lieu et dans n'importe quel pays. En outre, ce rapport exclut de recourir à des pratiques telles que des «solutions non mixtes qui renforceraient la ségrégation sexuée et sexiste de l'espace public [...]»[9]. En effet, l'optique serait plutôt d'éduquer les hommes à une présence féminine qui ne serait pas constamment sexualisée. D'ailleurs, le rapport préconise d'intégrer «la lutte contre le harcèlement dans la politique publique d'éducation à l'égalité et à la sexualité «[10] et de «s'assurer d'un meilleure application de la loi»[11]. En effet, toujours selon cet avis, la plupart des manifestations du phénomène sont punies par la loi. Ainsi, l'injure publique est punie par l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse[12]. De même, la menace est réprimée par l'article 222-17 du Code pénal[13]. En ce qui concerne les violences sexuelles, tout un arsenal de protection existe déjà au sein du droit français. L'exhibition, dont la masturbation en public fait partie, est punie par l'article 222-32 du Code pénal[14]. Le harcèlement sexuel, «dont les avances sexuelles, des gestuelles à connotation sexuelle, comme des jeux de langue obscène, ou encore l'exposition à des images ou objets pornographiques»[15] est sanctionné et défini par l'article 222-33 du Code pénal. Ces comportements de harcèlement «portent atteinte [la] dignité [de la personne] en raison de [son] caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante»[15]. Le fait «d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle» et ce même si ces faits ne sont pas répétés s'inscrit dans une logique de harcèlement[15]. Enfin, les agressions sexuelles sans pénétration («baisers forcés, mains aux fesses, sur les cuisses, frottements, etc»)[16] sont définies à l'article 222-22 du Code pénal, caractérisées par la «violence, contrainte, menace ou surprise»[16] et punies par l'article 222-27 du même Code[16]. Là encore, la notion «d'imposer» à la victime ces actes est caractéristique de l'agression. En outre, le

8 - http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hcefh_avis_harcelement_transports-20150410.pdf

9 - *bis in idem*, p. 6

10 - *bis in idem*, recommandation 14, p. 8

11 - *bis in idem*, recommandation 15, p. 8

12 - *bis in idem*, article 33 de la loi du 29 juillet 1981 sur la liberté de la presse, p. 14

13 - *bis in idem*, article 222-17 du Code pénal, p. 14

14 - *bis in idem*, article 222-32 du Code pénal, p. 14

15 - *bis in idem*, article 222-33 du Code pénal, p. 14

16 - *bis in idem*, articles 222-22 et 222-27 du Code pénal, p. 14

viol est puni et défini à l'article 222-23 du Code pénal[17]. Ces actes sont une réalité dont les femmes sont victimes au quotidien, non seulement en France, mais partout dans le monde. Ce qui ressort de ce rapport est que la notion de consentement est écartée au profit d'actes imposés. C'est d'ailleurs parce que le consentement de la femme a presque toujours été sans aucune forme d'importance que de tels comportements existent encore à l'heure actuelle. En outre, l'avis met en avant le fait que la représentation de la femme dans les publicités au sein des transports publics alimente les agressions dont elles sont victimes.

Un autre phénomène dans ce sens, celui des «frotteurs du métro», démontre l'interprétation presque systématique des hommes par rapport aux réactions féminines. Si certains affirment que des femmes sont consentantes à ce type d'approche et y prennent du plaisir, le cas inverse, celui d'une femme réticente, ne semble pas poser de problème à celui qui commet l'agression. Mais le traumatisme, l'intrusion dans l'intimité d'autrui ainsi que la peur qu'une telle agression puisse engendrée ne semble absolument pas pris en compte par l'agresseur. D'ailleurs, beaucoup de comportements qui pourraient sembler anodins pour la gente masculine sont dénoncés dans le rapport précédemment cité. Ainsi, les «sifflements», les «regards insistants», les «mains aux fesses», les «poursuites», les «commentaires sur le physique et propos obscènes», les «avances sexuelles/invitations insistantes/insultes», les «propos sexistes», les «exhibitions»[18] sont autant d'agressions à l'égard des femmes. Le constat est alarmant, tant ces comportements sont banalisés et minimisés par les agresseurs mais aussi par les femmes elles-mêmes[19], d'où la peur, voire même le manque d'intérêt, à déposer une plainte à l'encontre de ce type de situation. En sus, le rapport rappelle dans un encadré que «le harcèlement n'est pas de la drague»[20], la drague impliquant a fortiori la notion de consentement des deux parties en présence. Il faut noter que les réseaux sociaux ont une grande importance et influence dans la dénonciation de ces actes quotidiens, en témoigne notamment une vidéo postée sur Youtube par une Indienne qui humilie son agresseur en retour[21]. L'ampleur de diffusion des réseaux sociaux est bénéfique pour améliorer et dénoncer la situation des femmes.

Enfin, il ne faut pas oublier le développement des associations, collectifs (tels que «Colère : nom féminin», «Stop harcèlement de rue», le «Laboratoire de l'égalité», «Osez le féminisme» et tant d'autres) et manifestations en faveur des femmes qui se sont multipliées relativement récemment, la question de la condition féminine étant devenu un enjeu public nouveau. Leur représentation au sein de la société se développe considérablement et de ce fait, la féminité commence à irriguer les socié-

17 - *bis in idem*, article 222-23 du Code pénal, p. 14

18 - *bis in idem*, p. 15

19 - Sophie de Menthon trouve «plutôt sympa le fait de se faire siffler dans la rue, son tweet fait polémique» - http://www.huffingtonpost.fr/2015/04/16/sophie-de-menthon-plutotsympa-siffler-harcelement-de-rue-tweet-polemique_n_7076816.html

20 - http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hcefh_avis_harcelement_transports-20150410.pdf, p.15

21 - https://www.youtube.com/watch?v=UcDkV-2Vo48

tés sous un angle nouveau. La création d'un secrétariat d'Etat à la condition féminine est instaurée pour la première fois en France le 16 juillet 1974, sous l'influence de Françoise Giroud[22]. D'ailleurs, le 1er mars 1975, Françoise Giroud ouvre les journées internationales de la femme au Palais des Congrès à Paris. Valéry Giscard d'Estaing fixe dans son discours trois objectifs pour la femme : d'une part «supprimer toutes les discriminations sexistes», d'autre part «développer une politique d'éducation», enfin «permettre aux femmes de choisir entre ? carrière et maternité»[23]. A ce titre, le congé paternité fut instauré le 19 avril 2002[24].

Comme dit précédemment, les réseaux sociaux jouent un rôle d'une ampleur considérable dans la libération et l'émancipation de la femme au sein de l'espace public, bénéficiant d'une diffusion mondiale. Très récemment, une campagne appelée «toutes en mini-jupes» pour lutter contre l'inégalité des sexes[25], initiée notamment par un homme, Rachid Ben Othman, président de la Ligue pour la défense de la laïcité et des libertés (LDLL), a largement été relayée par Facebook, campagne tunisienne qui invitait les femmes à poster des photos d'elles ainsi vêtues et organisait un rassemblement le 6 juin dans les rues de Tunis «contre l'obscurantisme». En effet, cette campagne a été lancé en réaction au mouvement «sois un homme et voile ta femme» lancé sur les réseaux sociaux en Algérie.

De par le monde, au niveau national comme international des mesures juridiques sont prises à la faveur de la protection des femmes et les faits dont elles sont victimes sont dénoncés et portés à la connaissance de tous. L'évolution des mentalités passe d'abord par la connaissance et la révélation de ces faits, par la pression de la société en faveur d'un bouleversement des codes établis. L'espace public a longtemps été un terrain hostile pour les femmes dans lequel elles se trouvaient en position d'insécurité, espace qui est en pleine mutation en leur faveur. Progressivement la condition féminine n'est plus un tabou et les femmes osent de plus en plus s'emparer de leurs droits et de leur féminité, ceci dans une seule optique : être égale aux hommes et bénéficier du même traitement.

3. L'objectif à atteindre : l'égalité entre les hommes et les femmes

On peut émettre l'idée que c'est finalement la société qui a placé pendant des millénaires la femme dans cette condition d'infériorité par rapport aux hommes. Dans l'ouvrage «Le fait féminin - Qu'est-ce-qu'une femme?», Eleanor Maccoby, psychologue, analyse la psychologie des sexes[26].

22 - Chronique du 20ème siècle - 1985 Jacques Legrand SA - Editions Chronique BPI, Aeroport de Perigueux, 24330 Bassilac - p.1117

23 - Chronique du 20ème siècle - 1985 Jacques Legrand SA - Editions Chronique BPI, Aeroport de Perigueux, 24330 Bassilac - p.1125

24 - http://fresques.ina.fr/jalons/fiche-media/InaEdu01174/l-instauration-du-conge-de-paternite-en-2002.html

25 - http://www.huffpostmaghreb.com/2015/06/06/toutes-en-mini-jupes-tuni_n_7525340.html

26 - Centre Royaumont pour une science de l'homme - Sous la direction d'Evelyne Sullerot, Le fait féminin, qu'est ce qu'une femme? - Edition Fayard 1978

Elle étudie notamment les fondements des rôles sociaux et familiaux dévolus traditionnellement aux hommes et aux femmes. Elle dénonce l'approche socio-biologique, selon laquelle «la femme est ce membre de l'espèce humaine spécialement destiné à rester à la maison pour veiller sur les enfants, le gîte et le foyer, tandis que les hommes s'en vont par monts et par vaux à la recherche de leur pitance et celle de leur famille»[27] approche ne tenant pas compte de «l'intelligence humaine»[28]. En effet, «de telles tentatives négligent un élément - celui de l'apprentissage humain individuel, le mécanisme par lequel l'individu s'adapte à un environnement variable»[29]. Ce sont finalement ces données socio-biologiques qui ont fondé la place de la femme au sein de l'espace public, son rôle étant traditionnellement dévolu au foyer et non de se déplacer ni de compter au sein de ce dernier. D'ailleurs, il n'existerait pas «chez les hommes et les femmes de prédisposition favorisant la domination d'un sexe par l'autre dans le cadre familial»[30]. L'analogie avec le cadre familial peut être faite dans le cadre public puisque «au contraire : même quand les stéréotypes sociaux dictent un rapport de domination, les réalités de la nature humaine en viennent à bout, comme l'interaction d'un groupe d'individus se développe dans le temps»[30]. Elle remet d'ailleurs en cause l'exigence biologique selon laquelle c'est la femme qui doit s'occuper des enfants, affirmant que «c'est l'attribution du rôle des soins à la mère, plutôt qu'une meilleure disposition biologique à répondre aux bébés»[31] qui les rendent plus sensibles à l'éducation des enfants. Ainsi, «peut-être parce que les rôles des femmes ont moins changé que ceux des hommes, nous continuons de croire que l'adaptabilité féminine est plus restreinte de par son rôle biologique dans l'enfantement»[32]. Les stéréotypes sur les rôles traditionnels de chacun des sexes, qui ont fondé et fondent encore le sexisme, ne trouvent plus à l'heure actuelle un quelconque motif valable. Ainsi, il n'y a point de domination d'un sexe sur l'autre et aucune donnée biologique ou psychologique ne peut faire obstacle à l'exigence d'une égalité entre les hommes et les femmes.

Cette vision des sexes n'est qu'un fait de société, profondément ancré, qui a construit le statut juridique féminin au fil des siècles, alimenté par des religions à dominance patriarcale. De nos jours, en France, l'équilibre tente enfin de s'établir. La parité est ainsi devenue un objectif public. Ainsi, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui est partie intégrante du bloc de constitutionnalité français, proclame que «la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux des hommes». Plus récemment, le 4 août 2014, une loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes a été votée et vise à combattre les inégalités dans les sphères privées, professionnelles et publiques. La parité ainsi que l'égalité sont en progrès permanent, bien que les mentalités n'évoluent pas forcément à la même vitesse.

27 - *bis in idem* - p.248

28 - *bis in idem* - p.250

29 - *bis in idem* - p.250

30 - *bis in idem* - pp. 252-253

31 - *bis in idem* - p.255

32 - *bis in idem* - p.256

En ce sens, une décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 portant sur la «Loi Burqa» énonce le fait que l'interdiction du port de ce vêtement religieux n'est pas une application du principe de laïcité mais une application du principe d'égalité homme/femme, ce vêtement manifestant une «exclusion et une infériorité manifestement incompatibles avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité»[33]. En outre, cette interdiction est liée à des considérations d'ordre public telles que la sûreté et les «exigences minimales de la vie en société». La liberté de religion permet la dissimulation du visage dans «les lieux de cultes ouverts au public». Cet espace public est le seul endroit où l'expression de la foi sous toutes ses formes est permise. En outre, l'article 9.2 de la Convention Européenne des droits de l'Homme suppose que l'on ne peut invoquer des motivations religieuses pour s'opposer au principe de l'égalité homme/femme[34], ce principe étant un intérêt général supérieur aux protections des droits et libertés d'autrui.

Il faut rappeler que de tels signes religieux sont ou ont été, culturellement, dans d'autres parties du monde, un instrument de domination masculine sur la féminité. Par exemple, le 30 mars 1979 en Iran, près de 100% de la population approuve par referendum l'instauration de la République islamique instaurée par l'ayatollah Khomeyni. Les Iraniennes s'insurgent contre ce dernier et des milliers de femmes manifestent contre le port imposé du tchador (voile noir). Ces dernières «se font traiter de putain et parfois lapider par les pasdarans (les gardiens de la révolution)». ,»Des banderoles qualifient la demure (robe longue) et le tchador de 'vêtements non agressifs' et de 'bastions pour combattre l'exploitation sexuelle de la femme et le colonialisme'». Des mesures sont prises pour interdire le port du maillot de bain féminin et la mixité est proscrite. En outre, «l'ordre islamique intégriste prôné par l'ayatollah permet aux hommes iraniens de faire rentrer de force les femmes iraniennes derrière le voile d'oubli qu'une évolution morale leur avait permis de retirer depuis quelques années sous le Chah»[35]. Le fait pour une femme de devoir dissimuler sa féminité aux yeux des hommes au sein de l'espace public contrevient évidemment à l'égalité entre les femmes et les hommes, ces derniers étant libres de se déplacer comme bon leur semble sans craindre une agression liée à leur sexe. La dissimulation d'attributs dits féminins, non pas parce qu'elle provient d'un choix délibéré de la part de la femme mais d'un acte imposé, fait fi de la volonté des femmes et exprime toute la domination d'un sexe acteur dans la prise de décisions et d'un sexe subissant ces dernières. La femme semble être réduite à des attributs considérés uniquement comme sexuels qu'il faut cacher aux yeux des hommes, non pas parce que les femmes sont en elles-mêmes provocantes, mais parce que les montrer serait un motif suffisant pour réduire la femme à un simple objet de désirs, permettant aux hommes d'en disposer à leur guise. C'est admettre implicitement que les hommes ne sont pas

33 - http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre-2010.49711.html

34 - Mezetulle - Blog archives de Catherine Kintzler - «La laïcité face aux libertés religieuses»

35 - Chronique du 20ème siècle - 1985 Jacques Legrand SA - Editions Chronique BPI, Aeroport de Perigueux, 24330 Bassilac - p.1174

capables de contenir d'éventuelles pulsions sexuelles dont ils ne se rendent d'ailleurs pas coupables puisque celles-ci ne seraient provoquées que par la seule faute des femmes, dont le seul tort serait de laisser apparaître leur corps. Du reste, que la femme mette en valeur son corps ou non, elle semble parfois, aux yeux des hommes, ne se résumer qu'à un corps, et non à une entité considérée tant sur le plan psychologique que physique.

Enfin, il convient de rappeler le projet de l'article 28 de la Constitution tunisienne faisant suite à la Révolution du 14 janvier qui, en 2012, souhaitait établir, non une égalité entre les deux sexes mais la notion de complémentarité entre l'homme et la femme. La société civile dans son entier avait protesté contre ce projet d'article et les associations féministes réclamèrent sans équivoque l'égalité entre les deux genres. Dès lors, «la question de l'égalité entre l'homme et la femme doit être inscrite comme un fondement de base partant du principe universel de l'égalité entre tous les citoyens», une égalité rejetant donc toute considération liée au sexe de la personne[36].

Ainsi, la condition féminine et sa progression au sein de l'espace public reste un combat de tous les instants dans des sociétés en pleine mutation. La représentation de la femme au sein de l'espace public et de la société est une donnée qui se doit d'évoluer et l'égalité entre hommes et femmes est un objectif impératif. L'éducation, peut-être plus que la répression ou la prévention, jouera certainement un rôle considérable dans l'appropriation de l'espace public par les femmes et dans la vision que les hommes ont de ces dernières. Il ne faut pas non plus systématiquement incriminer les hommes, eux-mêmes victimes d'un système qui les cantonne dans un certain rôle et qui les expose à une certaine image de la féminité. Certains d'entre eux prennent fait et cause en faveur des femmes et sont des précurseurs dans l'évolution de leur condition. La place de la femme dans l'espace public, et même au sein de la sphère privée, dépend non seulement de l'identité féminine mais aussi de l'identité masculine, les deux modèles devant évoluer et se solidariser, plutôt que de s'affronter dans un rapport de dominant/dominé. Néanmoins, les systèmes juridiques dans leur ensemble tendent à évoluer à la faveur des femmes, sous l'impulsion notamment de la sphère internationale et européenne, émettant des objectifs en faveur du de ces dernières, en même temps que les mentalités et la distance prise avec le fait religieux, nid d'un sexisme ordinaire et dont la remise en cause n'est que très récente. Comme le note Eleanor Maccoby, «jusqu'à présent, les femmes se sont montrées tout à fait capables d'entreprendre avec succès une remarquable variété d'activités extra-familiales. La seule façon de savoir si des modifications des rôles masculins et féminin sont viables, c'est d'en faire l'essai»[37].

Camille CHARTUS
Etudiante en Licence 3 - Université Paris Sud 11
COMUE Paris - Saclay

36 - http://www.babnet.net/cadredetail-53060.asp

37 - Centre Royaumont pour une science de l'homme - Sous la direction d'Evelyne Sullerot, Le fait féminin, qu'est ce qu'une femme? - Edition Fayard 1978 - p.257